

# La Legislazione Penale

*Fondata da Mario Chiavario e Tullio Padovani*



Anno 2025

N° 1-1

FONDATAORI: Mario Chiavario e Tullio Padovani

DIRETTORI: Giovannangelo De Francesco, Alberto Gargani, Domenico Manzione, Enrico Marzaduri, Serena Quattrocolo, Laura Scomparin, Antonio Vallini

COMITATO SCIENTIFICO: Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Herve' Belluta, Alberto Camon, Donato Castronuovo, Antonio Cavaliere, Francesco Cingari, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Giancarlo De Vero, Alberto di Martino, Emilio Dolcini, Heloisa Estellita, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Gabrio Forti, Benedetta Galgani, Mitja Gialuz, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Adelmo Manna, Claudia Mazzuccato, Enrico Mezzetti, Daniele Negri, Adán Nieto Martín, Domenico Notaro, Francesco Palazzo, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Daniele Piva, Domenico Pulitanò, Bartolomeo Romano, Stefano Ruggeri, Giandomenico Salcuni, Maximo Sozzo, Paola Spagnolo, Lucia Zedner

COMITATO EDITORIALE: Andrea Cabiale, Jacopo Della Torre, Karma Natali, Laura Notaro, Laura Ricci, Alice Savarino, Filippo Venturi

REDAZIONE: Greta Accatino, Oscar Calavita, Antonella Falcone, Benedetta Paterra, Sara Riccardi, Ernestina Sacchetto

LA LEGISLAZIONE PENALE ([www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu)) è una rivista *online* ad accesso libero. Tutti i contributi ospitati nella Rivista sono sottoposti a referaggio anonimo, ad eccezione degli scritti a firma dei direttori e di quelli pubblicati nelle sezioni *Interventi e Relazioni* e *Opinioni*. Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono contenute nel Codice Etico, reperibile nella home page della Rivista. I contributi pubblicati vengono fascicolati ogni tre mesi.

ISSN: 2421-552X

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di LA LEGISLAZIONE PENALE, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, Titolo del contributo, in Leg. pen. (o LP), 1/2021, p. 5.



I materiali pubblicati sono distribuiti con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0)

## SOMMARIO

M. Botto, Il DNA da “prova regina” a “testimone biologico”? I controversi effetti delle nuove frontiere dell’analisi genetico-forense sulla <i>governance of crime</i> * .....	3
C. Cantisani, Il reato complesso come forma di tipicità unitaria originaria.....	35
D. Castronuovo, Misura soggettiva e indici di rimproverabilità. Una critica alle concezioni ultra-normative della colpa.....	63
C. Cataneo, L’indulto: una soluzione emergenziale per far fronte ad una perenne emergenza .....	91
F. Cecconi, Colpevole d’obbedienza. L’ordine del superiore nel sistema di giustizia penale internazionale .....	94
G. Ardizzone, Il nuovo assetto del sistema penale tributario: un’analisi del d.lgs. 14 giugno 2024 n. 87.....	106
A. Costantini, Il “soccorso di necessità” delle regioni in materia di morte medicalmente assistita. I confini “penalistici” di un intervento costituzionalmente ammissibile .....	150
A. Cruciani, Per una visione olistica della relazione tra ordine militare e obbedienza.....	179
D. Notaro, Esecuzione dell’ordine militare e disobbedienza responsabile .....	197
L. De Stradis, Riforma e controriforma dei reati sessuali in Spagna: un dibattito ancora aperto .....	210
J. Della Torre e G. Ponteprino, Commento al d.lgs. 129 del 2024 di attuazione del regolamento ue sui mercati delle crypto-attività’. Le novità sul versante penalistico e amministrativo punitivo* .....	243
A. Evangelisti, Dilemmi pratici e giuridici della disobbedienza consapevole* .....	273
C. Gabellini, L’adempimento all’ordine, tra responsabilità e obbedienza* .....	280
R. Galasso, La risoluzione delle antinomie giuridiche, tra ingerenza giudiziale e solidità argomentativa della decisione, nell’orientamento dei comportamenti sociali* .....	286
J. Della Torre, Spunti in tema di crypto-attività e procedimento penale.....	302
M. Giangreco, Limiti, paradossi e potenzialità della prova algoritmica nella giustizia penale.....	330

I. Giugni, Affettività inframuraria: spunti critici per una rivoluzione che attende di essere compiuta .....341

M. Galli, Oltre la persona detenuta: carcere, effetti collaterali e diritti dei terzi .....351

## IL DNA DA “PROVA REGINA” A “TESTIMONE BIOLOGICO”? I CONTROVERSI EFFETTI DELLE NUOVE FRONTIERE DELL’ANALISI GENETICO-FORENSE SULLA *GOVERNANCE OF CRIME*\*

di Matilde Botto (*Assegnista di ricerca presso l’Università di Bologna*)

Lo scopo di questo contributo è proporre un approfondimento relativo all’impatto degli sviluppi in ambito genetico-forense sulla *governance of crime*. Nello specifico, l’elaborato si concentra sul cosiddetto *Forensic DNA Phenotyping* (FDP): una tecnica di analisi del DNA che concerne la possibilità, a partire dalle tracce biologiche rinvenute sulla scena del crimine, di predire (a livello probabilistico) talune caratteristiche di un individuo – le quali vanno da specifici tratti esteriori, all’origine etno-geografica sino all’età. Come risulta dal dibattito internazionale, se, da un lato, viene valorizzata la sua utilità, quale strumento di ausilio per le indagini, dall’altro, vengono sottolineati i rischi che potrebbero derivare proprio dal ricorso ad essa nel contesto in parola (particolarmente accentuati dal fatto che, di frequente, manca una regolamentazione di riferimento). Al fine di offrire una panoramica sulla materia, si è deciso di dedicare spazio, nella prima parte dello scritto, alle differenze tra il FDP e il “tradizionale” *test* del DNA, le quali afferiscono tanto al loro oggetto quanto ai risultati a cui si addiuvano. Successivamente, l’analisi si concentrerà su uno dei principali profili di rischio riconnessi all’impiego del primo in sede investigativa: il pericolo che da questo possa derivare la stigmatizzazione ai danni di determinati gruppi di individui, i quali sono già discriminati all’interno della compagine sociale. La prospettiva adottata nell’approcciarsi alla questione, in particolare, sarà quella del penalista contemporaneo, evidenziando i possibili riflessi che potrebbero dispiegarsi sul piano della politica criminale. Invero, se da una parte non può che venire in considerazione il controverso rapporto tra diritto penale e diseguaglianza, dall’altra una riflessione attuale non può omettere di considerare adeguatamente la tendenza a rendere il primo oggetto di scelte animate da logiche securitarie e populistiche.

The aim of this essay is a review on the impact of new trends in forensic genetics on the governance of crime. In particular, it will be explored the so-called Forensic DNA Phenotyping (FDP): an emerging technology that seeks to make probabilistic inferences regarding a person’s externally visible characteristics, biogeographic ancestry and age by the analysis of biological materials collected at crime scenes. In the international debate on this field there are expectations about the potential applications of this technology in criminal law system, as a tool for criminal investigations. However, besides these opportunities there are some risks (which are particularly serious when there isn’t a specific legal framework). To provide an overview of the topic, the first part of the research is focused on differences between FDP and the “traditional DNA test”, which concern both their object and results. Following, it explores one of the most controversial points connected to the use of FDP in criminal investigations: an issue related to the risk that it may contribute to reinforce stigmatization on specific population groups (i.e. marginalised groups and minorities). Considering actual directions in criminal law, this aspect will be examined by looking at the possible consequences that could also affect the level of criminal policy. More in details, the essay will focus both on the controversial relationship between criminal law and inequality, and on the (extremely current) trend to make criminal law an object of choices animated by security paradigm and populist discourse.

**SOMMARIO:** 1. Le nuove frontiere dell’analisi del DNA: da “prova regina” a “biological witness” – 2. *DNA profiling e Forensic DNA Phenotyping (FDP)* a confronto. Tra diversità ontologiche e vuoti normativi – 3. La china scivolosa: dal pericolo di stigmatizzare interi gruppi di individui ai possibili effetti in materia di politica criminale – 4. La cosiddetta genetic

surveillance nell'ambito del rapporto tra diritto penale, sicurezza e disuguaglianza – 5. Spunti di riflessione conclusivi.

1. La riflessione che si articolerà nelle pagine che seguono afferisce all'interazione tra le nuove frontiere dell'analisi genetico-forense e la *governance of crime*. In particolare, il tema che si affronterà concerne il cosiddetto *Forensic DNA Phenotyping* (FDP): un'emergente tecnica di analisi del DNA che consente, a partire da determinate tracce biologiche, di predire – a livello probabilistico – talune informazioni e caratteristiche di un individuo (che vanno dalla sua origine etno-geografica, ad alcuni tratti esteriori, sino all'età). Il suo potenziale quale strumento di ausilio per le indagini, anche nel dibattito internazionale, viene rilevato da più parti; tuttavia, al contempo emergono i rischi che potrebbero essere connessi ad un suo utilizzo in un simile contesto (specialmente se questo avviene senza una regolamentazione *ad hoc*).

Più nel dettaglio, nella prima parte del lavoro, avvalendosi anche della ricostruzione di alcuni casi concreti, verranno illustrate le differenze tra il FDP e il tradizionale esame del DNA, le quali afferiscono tanto all'oggetto dell'analisi quanto ai risultati a cui si addivene. Proseguendo, il ragionamento si concentrerà su uno dei principali profili di rischio, riconnessi all'impiego in sede investigativa di tale emergente tecnica di analisi: il pericolo che da questo possa derivare la stigmatizzazione ai danni di un determinato gruppo di individui, che è già oggetto di discriminazione all'interno della compagine sociale.

La prospettiva che si assumerà nell'approcciarsi alla questione sarà, nello specifico, quella del penalista contemporaneo, il quale non può fare a meno di interrogarsi sulle possibili conseguenze che potrebbero interessare il piano della politica criminale, nella consapevolezza, da un lato, del controverso rapporto tra diritto penale e disuguaglianza e, dall'altro, della tendenza (estremamente attuale) a rendere il primo oggetto di scelte animate da logiche securitarie e populistiche.

Tra il 1983 e il 1986, Narborough, una cittadina del Leicestershire (Inghilterra), fu scossa da una terribile vicenda di cronaca nera. Il 22 novembre 1983, in un sentiero poco frequentato della zona, fu rinvenuto il cadavere di una quindicenne, Lynda Mann, la cui scomparsa era stata denunciata dai genitori la sera del giorno precedente. La figlia, infatti, dopo il suo turno da *babysitter*, non aveva più fatto ritorno a casa.

L'autopsia sul corpo della giovane confermerà che, prima di essere stata uccisa, la ragazza aveva subito una violenza sessuale e che la morte era avvenuta per strangolamento. Tre anni dopo, nell'estate del 1986, Dawn Ashword, coetanea della vittima, uscita per andare a trovare un'amica, non fece più ritorno nella propria abitazione. Dopo due giorni di ricerche il suo corpo venne ritrovato in prossimità di un'area boschiva: prima di essere strangolata, era stata percossa e aggredita sessualmente.

La notorietà dei casi, conosciuti con l'appellativo di “Black Pad Murders”<sup>1</sup>, avrebbe ben presto superato i confini della contea inglese, attraversando in poco tempo tutto il Paese: non solo per

---

\* Il presente contributo costituisce il frutto della ricerca svolta dall'Autrice nell'ambito del Progetto “Legal, ethical and social challenges of the Forensic DNA Phenotyping in Italy (LetFor)”, codice proposta: 2022TL8TAE\_001 - CUP: J53D23005950006. Finanziato dall'Unione Europea – NextGenerationEU a valere sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Missione 4 Istruzione e ricerca – Componente 2 Dalla ricerca all'impresa – Investimento 1.1, Avviso Prin2022 indetto con DD N. 104 del 2/2/2022. Un grazie sentito va alle Professoresse Susi Pelotti e Carla Bini, nonché alla Dottoressa Arianna Giorgetti, per il ricco e profondo dialogo, da cui sono derivati preziosi consigli e suggerimenti, oltre che per la cura e l'attenzione con le quali hanno letto il testo.

<sup>1</sup> Da “Black Pad”, che era, appunto, il nome del sentiero della zona boschiva nella quale erano stati rinvenuti i cadaveri.

le drammatiche vicende in oggetto ma anche, e soprattutto, per come venne condotta l'indagine dagli inquirenti<sup>2</sup>.

Gli investigatori, i quali sospettavano, per una serie di elementi coincidenti, che potesse esserci una connessione tra i due casi, avevano raccolto dalle rispettive scene del crimine le tracce biologiche del presunto autore. Per la prima volta, su di esse, fu impiegata quella che allora era una nuova tecnica di estrazione e analisi del DNA, elaborata, a metà degli anni Ottanta, dal biologo statunitense Jeffrey Glassberg e, l'anno dopo, perfezionata dallo scienziato inglese Alec Jeffreys<sup>3</sup>. Si trattava del *DNA finger-printing* realizzato a partire da una determinata traccia biologica. I risultati dell'analisi e della comparazione dei campioni prelevati<sup>4</sup> confermarono l'intuizione degli inquirenti: l'autore della violenza sessuale e dell'omicidio delle due adolescenti era lo stesso individuo.

Le indagini proseguirono con una diffusa raccolta di campioni di sangue, uno *screening* di massa, su base volontaria (*id est: mass DNA screening* o “dragnet”, lett. “rete a strascico”), coinvolgente circa cinquemila individui residenti nell'area circostante il luogo del ritrovamento dei cadaveri e operato allo scopo di verificare se vi fosse corrispondenza (*match*) tra uno dei loro *DNA fingerprint* e quello appartenente al presunto autore. In un primo momento, il principale sospettato, Colin Pitchfork, venne scagionato. Tuttavia, in seguito, si scoprì che quest'ultimo aveva eluso il controllo consegnando alle autorità non il proprio campione di sangue ma quello di un amico. Disvelatosi il raggio, sarà proprio il *match* tra il *DNA fingerprint* di Pitchfork e quello rinvenuto sulle scene del crimine a portare all'identificazione del medesimo come del responsabile di entrambi i delitti e, di conseguenza, alla sua condanna, nel 1988<sup>5</sup> avvenuta in larga misura sulla base della prova genetica. Non a caso i “Black Pad Murders” sono considerati, ancora oggi, il primo caso “risolto (anche) attraverso la prova del DNA”<sup>6</sup>.

Giunti all'alba del nuovo millennio, dopo neanche un ventennio dal celebre caso inglese, varcando i confini del vecchio continente, l'attenzione si sposta sull'indagine sul “Baton Rouge

<sup>2</sup> Si pensi che la stessa è stata oggetto anche di opere letterarie, come, ad esempio, J. Wambaugh, *The Bleeding*, New York 1989. Il titolo del volume rievoca lo *screening* di massa che, come si preciserà, coinvolse migliaia di uomini residenti nell'area in cui erano avvenuti i fatti. Più di recente, nell'ambito della letteratura medico-legale, ripercorre dettagliatamente il caso P. Gill, *DNA as Evidence. The Technology of Identification*, in *N. Engl. J. Med.* 2005, 352(26), 2669-2671.

<sup>3</sup> A.J. Jeffreys, V. Wilson, S.L. Thein, *Individual-specific “fingerprints” of human DNA*, in *Nature* 1985, 316, 76-78.

<sup>4</sup> Il cosiddetto *DNA fingerprint* non corrisponde all'attuale nozione di profilo genetico individuale. Infatti, veniva ricostruito all'epoca attraverso l'utilizzo di sonde *multilocus* che individuavano regioni ipervariabili del DNA, dette minisatelliti, generando un *pattern* genetico unico che tuttavia richiedeva una elevata quantità e qualità di DNA di partenza. Nello specifico, questo è stato poi soppiantato dalla scoperta della reazione polimerasica a catena (PCR) che consente di replicare delle regioni del DNA polimorfiche, i microsatelliti o STRs, fino a milioni di copie; tale amplificazione dà modo di ricostruire il profilo genetico da tracce anche scarse e degradate del DNA. Per ulteriori riferimenti, A. Piccinini, G. Gennari, *La prova del DNA: istruzioni per il giurista*, Santarcangelo di Romagna 2021, 49 ss. e P. Gill et al., *Genotyping and interpretation of STR-DNA: Low-template, mixtures and database matches-Twenty years of research and development*, in *Forensic Sci. Int. Genet.* 2015, 18, 100 ss.

<sup>5</sup> Sul punto, M. Lynch, S. Cole, R. McNally, K. Jordan, *Truth machine: The Contentious History of DNA Fingerprinting*, Chicago 2008, 48 ss.

<sup>6</sup> Nel novero dei contributi più recenti che richiamano la vicenda, descrivendola negli anzidetti termini, si segnalano O.M. Tuazon et al., *Law enforcement use of genetic genealogy databases in criminal investigations: nomenclature, definition and scope*, in *Forensic Sci. Int. Synergy* 2024, 1 ss. (spec. 2) ed E. Machado, R. Granja, *Genetic surveillance and crime control. Social, cultural and political perspectives*, Abingdon (Oxon)-New York 2022, spec. 2. Si precisa, inoltre, che la specificazione “anche” nel testo mira a prendere le distanze da una qualsivoglia interpretazione della vicenda che ne ricalchi una lettura che risenta del cosiddetto “CSI effect”. Invero, se è indubbio che nel caso *de quo* l'analisi del DNA abbia svolto un ruolo determinante per la risoluzione del caso, sarebbe fuorviante affermare che questo è stato risolto “solo” grazie a quest'ultima.

Serial Killer”<sup>7</sup>, avente ad oggetto gli stupri, seguiti dall’omicidio, di sette studentesse universitarie, avvenuti in Louisiana e perpetrati in un arco di tempo compreso tra il 2001 e il 2003<sup>8</sup>. Si tratta, infatti, di un caso che assume, nella sostanza, il ruolo di “antecedente storico” con riferimento a quella che, oggi, costituisce una nuova frontiera di analisi del DNA: il *DNA Phenotyping* (FDP)<sup>9</sup>. Per la prima volta, l’esame del DNA viene impiegato non solo, come da tradizione, con finalità “identificative” – ossia allo scopo di ricercare una corrispondenza tra due profili tipizzati – ma anche quale strumento “predittivo” di una caratteristica esterna visibile di un colpevole a partire dalle tracce biologiche trovate sulla scena del crimine (sempre in termini probabilistici)<sup>10</sup>.

Per illustrare meglio quanto appena affermato occorre ripercorrere alcune tappe investigative della vicenda ora richiamata.

In una prima fase, gli inquirenti, basandosi su informazioni ricavate da due dichiarazioni testimoniali, avevano concentrato le loro ricerche su un sospettato descritto come un uomo caucasico, visto nelle vicinanze di una delle scene del crimine. Il profilo del DNA del presunto autore, dal canto suo, non coincideva con nessuno di quelli presenti nelle banche dati del DNA dell’FBI che utilizzano il *Combined DNA Index System* (CODIS)<sup>11</sup>; pertanto, non era stato possibile addivenire a una sua identificazione. Né, a tale risultato, si sarebbe pervenuti dopo uno *screening* di massa (operato su una base di più di mille volontari).

Il punto di svolta dell’indagine avrà invece luogo nel momento in cui gli inquirenti, nell’ottobre del 2003, decisero di rivolgersi a un laboratorio privato sito nella città di Sarasota (Florida) – la *DNA Print Genomics company* – che, tra gli altri servizi, ne offriva uno denominato “DNA Witness” (lett. “DNA testimone”<sup>12</sup>). Si trattava di un esame volto a definire, appunto, in termini probabilistici l’“ancestralità biogeografica” di un individuo – *id est*: le origini etno-geografiche, ossia l’area geografica di provenienza dei suoi antenati o “ancestori”, sulla base dei cosiddetti *ancestry informative markers*<sup>13</sup>. Nel caso di specie, dopo aver analizzato le tracce biologiche, il laboratorio riferì che a esse si poteva ricollegare un soggetto di origini all’85% africane sub-sahariane e per il 15% nativo-americane. Inoltre, richiamando alcuni studi orientati ad associare a tali dati il colore della pelle, la compagnia aveva predetto che poteva

<sup>7</sup> Il nome deriva dal fatto che, nel settembre 2001, il primo episodio aveva avuto luogo nella località di Baton Rouge, con l’omicidio della quarantunenne Gina Wilson Green, morta per strangolamento e il cui cadavere fu rinvenuto nei pressi del campus della Louisiana State University. Per un’analisi dettagliata del caso, T. Frudkai, *Molecular Photofitting: Predicting Ancestry and Phenotype Using DNA*, Burlington-San Diego-Londra 2008, 600 ss.

<sup>8</sup> Sul punto, E. Murphy, *Legal and Ethical Issues in Forensic DNA Phenotyping*, NYU School of Law, *Public Law Research Paper*, 2.7.2013, 13 (46), 6 ss. e T. Frudkai, *Molecular Photofitting*, cit., 600 ss.

<sup>9</sup> A ben vedere alcuni precedenti, nel Regno Unito, potevano già annoverarsi nel corso degli anni ’90. Li riportano W. Evett et al., *An Investigation of the Feasibility of Inferring Ethnic Origin from DNA Profiles*, in *J. Forensic Sci. Soc.* 1992, 32, 301 ss.

<sup>10</sup> Cfr. M. Zieger, *Forensic DNA phenotyping in Europe: How far may it go?*, in *JL & Biosciences* 2022, 9(2), 1 ss.

<sup>11</sup> L’acronimo fa riferimento al *software* con il quale è articolato e organizzato il sistema informatico che ha ad oggetto la banca dati del DNA federale statunitense. Invero, con riferimento al caso specifico, si evidenzia che l’indagine sul “Baton Rouge Serial Killer” coinvolse non solo la polizia locale dello Stato della Louisiana ma anche le autorità federali.

<sup>12</sup> Entrando più nel dettaglio della trattazione si avrà modo di comprendere il perché di una simile denominazione.

<sup>13</sup> All’epoca il servizio *DNA Witness* operava impiegando su un pannello di SNPs (polimorfismi a singolo nucleotide), definiti come *markers* informativi dell’“ancestralità biogeografica” e *markers* per la pigmentazione della cute. Sul punto, M.D. Shriver et al., *Skin pigmentation, biogeographical ancestry and admixture mapping*, in *Hum. Genet.* 2003, 112(4), 387-399 e L. Gannett, *Biogeographical ancestry and race*, in *Stud. Hist. Philos. Biol. Biomed. Sci.* 2014, 47, 173-184.



trattarsi di una persona dalla carnagione nella media di quella della popolazione afroamericana o lievemente più scura.

A partire da quel momento, quindi, l'indagine veniva orientata verso la ricerca di un individuo dalle caratteristiche diverse rispetto a quelle che avevano precedentemente guidato le ricerche. Nello specifico, gli inquirenti tornarono a considerare nella lista dei possibili autori un soggetto già noto alle autorità: Derrick Todd Lee. Si trattava di un uomo di origini afroamericane, escluso dalla precedente fase investigativa, in quanto i suoi tratti non erano compatibili con la descrizione di uomo di origine caucasica di cui avevano parlato i testimoni. Una volta acquisito un campione del DNA di Lee, emerse la compatibilità tra il suo profilo genetico individuale e quello estrapolato dalle tracce rinvenute in alcune scene del crimine<sup>14</sup>. Si assiste, quindi, al primo caso in cui la *genomic ancestry admixture analysis* ha giocato un ruolo determinante nella risoluzione di un'inchiesta<sup>15</sup>.

Quasi parallelamente alla risoluzione del caso del “Baton Rouge Serial Killer”, nel 2004, in Gran Bretagna, la tecnica venne impiegata con riferimento all'indagine nota come “Operation Minstead”, afferente a numerosi episodi – circa ottanta – di furto e stupro commessi nel Paese a partire dal 1992 e accomunati dall'essere stati perpetrati, nella quasi totalità, ai danni di donne anziane da un individuo divenuto noto alla cronaca con l'appellativo “the Night Stalker”<sup>16</sup>.

Analogamente alla vicenda dei “Black Pad Murders” era emerso che le tracce biologiche provenivano da un unico soggetto (ignoto); tuttavia, non vi era stato alcun *match* con quelli “noti” che consentisse l'identificazione di una persona determinata. Nei racconti dei testimoni e delle vittime, il presunto autore era stato descritto come un uomo di carnagione mulatta (*id est: a light skinned black man*) di età compresa tra i trenta e i quarant'anni<sup>17</sup>. Nonostante il ricorso anche a *mass screening* – specificatamente rivolti a una selezione di persone che presentavano le presunte caratteristiche del sospettato e avevano precedenti per furto –, non si era pervenuti a un profilo che corrispondesse a quello rilevato sulle scene del crimine.

È in un simile contesto, quindi, che le autorità britanniche decisero di fare ricorso al “DNA Witness”, inviando i campioni in loro possesso al già richiamato laboratorio di analisi sito in Florida.

<sup>14</sup> Accusato di stupro aggravato e di omicidio per due degli episodi oggetto dell'indagine. Dopo aver riportato la condanna per uno di essi, nei suoi confronti è stata pronunciata una sentenza di pena capitale. Cfr. la dettagliata ricostruzione del caso proposta in S.A. Stanley, *An Invisible Man: The Hunt for a Serial Killer Who Got Away With a Decade of Murder*, Berkley 2006.

<sup>15</sup> A ben vedere, l'impatto della vicenda e, in particolare, dell'uso della fenotipizzazione – impiegata, al tempo, al solo fine di predire l'“ancestralità biogeografica”, che, peraltro, risultava essere scarsamente affidabile anche in termini probabilistici –, nell'immediatezza, non ha avuto una portata dirimente in relazione alle indagini successive. Difatti, la stessa compagnia, sita in Florida, che si era occupata di condurre la soprarichiamata analisi, avrebbe interrotto le analisi così orientate qualche anno dopo, per poi chiudere definitivamente (nel 2009). Cfr. L. Gannet, *Biogeographical ancestry and race*, cit., 173 ss.

<sup>16</sup> L'indagine è ricordata come la più imponente *serial rape investigation* della *London Metropolitan Police*, considerando tanto il numero delle vittime e dei sospettati, quanto il tempo dedicato al caso dalle forze di polizia, nell'arco di più di un decennio di inchiesta (si esprime in tali termini T. Frudkai, *Molecular Photofitting*, cit., 604 ss.); per un resoconto da parte della stampa inglese, si vedano l'articolo uscito *online* su *The Sun* (UK) il 21 settembre 2021, firmato da A. Zorzut, *Catching Derloy. What was Operation Minstead?*, nel quale non solo la vicenda è descritta in termini simili, ma l'autore è denominato “the Night Stalker”, nonché quello, sul *Mirror* (*online*), di P. Hill, *Night Stalker rapist Delroy Grant was suspected of being paedo after reign of terror*, 18.9.2021.

<sup>17</sup> B. St Louis, *Race as technology and the carceral methodologies of molecular racialization*, in *Brit. J. Sociol.* 2022, 73(1), 206-219, sottolinea che, già in questa prima fase investigativa, era seguito uno *screening* nei riguardi di individui di colore sospettati di furto (*burglary*). Non solo, più in generale, molti soggetti che presentavano caratteristiche che corrispondevano alla descrizione dell'uomo furono altresì protagonisti di un vero e proprio “racial profiling”, consistente in una serie di fermi (*street stops*) operati dagli agenti di polizia in base ai loro tratti fisici (in particolare, con riguardo al colore della pelle).

Dall'esame laboratoriale, in particolare, sarebbe emerso che le origini biogeografiche del soggetto risultavano essere all'82% subsahariane, per il 6% europee e per il 12 % nativo-americane. A partire da tali elementi, gli inquirenti ritennero che probabilmente il sospettato dovesse essere recentemente immigrato nel Paese (atteso che l'annoverata mistura nativo-americana risulta essere rara nella popolazione europea) e, considerando anche i *pattern* migratori nel Regno Unito, si concentrarono sulla ricerca di un soggetto che fosse il figlio di una persona afrocaribica (per l'esattezza proveniente dalle *Windward Islands*). Il caso, tuttavia, non è stato risolto attraverso le ricerche operate sulla base delle anzidette informazioni, ma, nel 2009, a partire da alcuni filmati che riprendevano l'autore, un londinese di origini giamaicane, presso un ATM, mentre stava effettuando un prelievo con una carta di credito rubata a un ottantottenne<sup>18</sup>.

A ogni buon conto, per la "seconda volta" nella storia delle indagini genetico-forensi, la Gran Bretagna si trova a ricoprire un ruolo "pionieristico" nel vecchio continente. Non solo, infatti, è la nazione dove il *DNA fingerprint* ha visto il suo primo sviluppo, ma anche il contesto che, già all'inizio del nuovo millennio, si poteva richiamare come esempio di una realtà in cui la prassi conosceva più casi in cui si era fatto ricorso alla tecnica del *DNA Phenotyping*, allora ancora piuttosto limitata per numero di marcatori e confinata alla predizione della bioancestralità e del colore della pelle (e, impiegata, nella specie, nonostante si segnalasse l'assenza di una regolamentazione *ad hoc*)<sup>19</sup>.

Il quadro che emerge oggi, dopo circa quarant'anni dai "Black Pud Murders", è decisamente più complesso e articolato, atteso, in primo luogo, l'impressionante sviluppo delle tecniche di analisi del DNA, che hanno consentito il passaggio dalla tecnica di *DNA fingerprint* al *DNA profiling*, dove la ricostruzione del profilo genetico individuale avviene tramite l'analisi di marcatori *short tandem repeats* (STR) del DNA standardizzati e validati dalla Società Scientifica (e può essere operata anche a partire da quantità scarse di DNA).

Lo sviluppo delle tecniche del *DNA profiling* si è accompagnato a un processo di istituzione di sistemi nazionali di raccolta dei profili genetici di soggetti conosciuti condannati per determinati reati o di tracce incognite reperite sulla scena del delitto (le cosiddette banche dati del DNA a fini criminali)<sup>20</sup>. A ciò ha fatto seguito l'instaurarsi di regolamentazioni volte a

<sup>18</sup> In letteratura, A. Durkin, *Estimating a face: what predicting appearance from DNA reveals about the need to regulate genetic investigations*, in *Wash. U. L. Rev.* 2024, 101, 1265. Cfr. altresì, A. Zorzut, *Pure evil. Who were Night Stalker Derloy Grant's victims?*, in *The Sun (online)*, 20.9.2021 e A. M'charek, P. Wade, *Doing the individual and the collective in forensic genetics: governance, race and restitution*, in *BioSocieties* 2020, 15, 317-328.

<sup>19</sup> B.J. Koops, M. Schellekens, *Forensic DNA Phenotyping: Regulatory Issues*, in *Colum. Sci. & Tech. L. Rev.* 2008, 9, 158 ss. (spec. 172).

<sup>20</sup> I *data base* a fini criminali sono stati istituiti in numerosi ordinamenti e i criteri per il loro sviluppo variano da Paese a Paese. Secondo i dati riportati in una delle più recenti statistiche sul punto – elaborata a cura dell'INTERPOL nel 2019 (*Global DNA Profiling Survey*) e liberamente accessibile al link <https://www.interpol.int/How-we-work/Forensics/DNA> – su 89 nazioni che impiegano nelle indagini il *DNA Profiling*, 70 hanno istituito a livello nazionale una banca dati. A livello di regolamentazione interna, le scelte dei singoli legislatori possono distinguersi a seconda di approcci di tipo "estensivo" o "restrittivo", laddove l'appartenenza al primo piuttosto che al secondo gruppo dipende: dalla scelta di ampliare o meno la rosa dei soggetti i cui profili possono essere archiviati, dalla regolamentazione in materia di conservazione (e cancellazione) dei dati e dei campioni biologici e/o dalle regole sull'accesso ai *database* delle autorità (cfr. G. Formici, *From "familial searching" to "forensic genetic geatology": New frontiers – and challenges – of DNA analysis in criminal investigations*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto* 2021, 1, 307, spec. nt. 7).

Per quanto riguarda l'Italia, la l. 30.6.2009 n. 85 ha istituito la Banca Dati Nazionale del DNA e il laboratorio centrale per la banca dati. La normativa, adottata al fine di adempiere agli obblighi in materia di cooperazione giudiziaria derivanti dall'adesione al Trattato di Prüm, ha necessitato, tuttavia, di molto tempo per addivenire a una concreta attuazione; invero, la piena operatività del *database* nazionale ha avuto luogo solamente dopo l'adozione del suo regolamento attuativo (d.P.R., 7.4.2016 n. 87, seguito dal decreto del Ministero dell'Interno

del 12.5.2017, relativo alle «Modalità di cancellazione dei profili del DNA, di distruzione dei campioni biologici, di immissione e aggiornamento dei dati necessari ai fini della determinazione dei tempi di conservazione dei medesimi profili DNA», (17A03992) (GU Serie Generale n. 137 del 15.6.2017)), che ne ha permesso la concreta predisposizione. Sia consentito il rinvio ai contributi raccolti nel volume a cura di L. Scaffardi, *La banca dati italiana del DNA. Limiti e prospettive della genetica forense*, Bologna 2019, nonché a: C. Fanuele, *La prova del DNA*, in *Prova scientifica e processo penale*<sup>2</sup>, a cura di G. Canzio e L. Lupária, Milano 2022, 570 ss.; P. Felicioni, *Il regolamento di attuazione della banca dati nazionale del DNA: scienza e diritto si incontrano*, in *DPP* 2016, 724 ss. e A. Cicognani, S. Pelotti, M. Fallani, *Medicina legale*, Lavis (TN) 2019, 337 ss. Con riferimento ai dati raccolti nella banca dati italiana (art. 7, l. 30.6.2009 n. 85), si ricorda che vi rientrano quelli relativi ai profili del DNA di persone per cui è stato disposto il prelievo c.d. “istituzionale” (artt. 7, co. 1, lett. e, e 9, co. 1 e 2), nonché di quelli concernenti reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali (artt. 7, co. 1, lett. b, e 10; a cui si aggiunge la disciplina specifica di cui all’art. 17, afferente ai procedimenti anteriori all’entrata in vigore della legge); inoltre, possono essere ricompresi anche quelli di persone scomparse, dei loro consanguinei, di cadaveri o di resti di cadaveri non identificati (art. 7, co. 1, lett. c), cfr. L. Scaffardi, *L’impiego processuale del DNA fra giustizia genetica e garanzie costituzionali: quali sfide per il diritto (e per la Costituzione)*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto* 2019, 2, 516 s. Per completezza, si ricorda che possono rientrarvi anche i profili ricavati dalla richiesta di analisi di un reperto (da cui in precedenza non è stato estrapolato un profilo) operata dal P.M. competente (ex art. 655, co. 1, Cpp), a seguito del passaggio in giudicato di una sentenza in seguito all’emanazione di un decreto di archiviazione. Per alcune riflessioni in materia “biobanche” che si concentrano sui *database* genetico-forensi, cfr. i due contributi raccolti nel fasc. 1/2022 di *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, rispettivamente di: A. Bernes, *Dati e ricerca genetica. Dalla tutela individuale alla gestione procedurale*, 67 ss. e C. Paris, *Biobanche di ricerca e banca dati nazionale del DNA: un difficile bilanciamento tra interessi contrapposti*, 83 ss.; nell’ambito di un discorso civilistico, concentrato sui profili afferenti al trattamento dei dati personali, si veda invece A. Ricci, *Il trattamento di dati personali per finalità di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati. Riflessioni sul d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51 di attuazione della dir. 2016/680/UE*, in *NLCComm* 2019, 3, 566 ss.

A livello comparato, come si anticipava, le singole legislazioni domestiche presentano peculiarità in relazione alla disciplina relativa alle banche dati nazionali. Con riferimento alla conservazione dei profili è intervenuta la Corte europea dei diritti dell’uomo, muovendo, nel caso di specie, dalla disciplina inglese e gallese del tempo. Invero, nel *leading case* C. eur. GC, 4.12.2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, i giudici di Strasburgo hanno evidenziato, in particolare, che la presenza di una condanna costituisce il presupposto per la conservazione, a lungo periodo, del profilo genetico di un soggetto (la pronuncia è trattata nel dettaglio da A.M. Capitta, *Conservazione dei DNA profiles e tutela europea dei diritti dell’uomo*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2013, 1, 8 ss.). Inoltre, si è segnalato che nella legislazione *de qua* mancavano limitazioni correlate alla gravità del reato di cui era sospettata la persona interessata e di uno sbarramento fondato sull’età.

A ben vedere, in generale, uno degli aspetti più controversi e criticabili di alcune discipline sulle banche dati riguarda proprio il fatto che tra i campioni raccolti nei *database* possono rientrare anche quelli provenienti dagli indagati, solo sospettati, indipendentemente dalla gravità dei capi di accusa, e non solo di coloro che sono stati perseguiti penalmente o condannati per un crimine. Si tratta di un approccio, peraltro, espressamente censurato anche dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea nella pronuncia C.G.U.E, 26.1.2023, C-205/21, *Ministerstvo na vatreshnite raboti (Enregistrement de données biométriques et génétiques par la police)*, laddove ha evidenziato che: «una normativa nazionale che prevede la raccolta sistematica dei dati biometrici e genetici di qualsiasi persona formalmente accusata di un reato doloso perseguibile d’ufficio è contraria, in linea di principio, al requisito della stretta necessità, sancito all’articolo 10 della direttiva 2016/680» (sul punto, la nota di B. Rubis, *Sistemi di autenticazione mediante l’utilizzo di dati biometrici*, in *Dir. inf.* 2023, 296 s.). Restando in ambito sovranazionale, e tornando a guardare alla giurisprudenza di Strasburgo, la linea appena descritta è da confrontarsi con gli orientamenti che, invece, si sono affermati con riguardo all’ammissibilità di raccolta (anche per un lungo periodo) dei profili di persone condannate (C. eur., 20.1.2009, *W. c. Olanda* e C. eur., 7.12.2006, *Van der Velden c. Olanda*). A ben vedere, la Corte europea dei diritti dell’uomo è tornata sul punto anche in una decisione più recente (C. eur., 13.2.2020, *Gaughran c. Regno Unito*) dove si è evidenziato che anche la presenza di una condanna non giustifica *in re ipsa* una indiscriminata ritenzione dei profili di DNA (O.M. Tuazon et al., *Law enforcement use of genetic genealogy databases*, cit., 4).

Diversa la situazione negli Stati Uniti, dove, specialmente a seguito del *leading case* “Mitchell” (sul punto G. Gennari, *US Supreme Court, Jeremy Bentham e il panopticon genetico*, in *DPenCont* 2013, 4, 152 ss.), si è instaurata in alcuni Stati federati la prassi del cosiddetto DNA-BC (*DNA Before Conviction*). L’espressione, in particolare, fa riferimento alla possibilità di prelevare campioni genetici dalle persone arrestate al fine di inserire i loro profili nelle banche dati nazionali, in archivi conosciuti come *arrestee DNA database* (cfr. § 1435a dello

favorire lo scambio tra Paesi di tali informazioni (si pensi, ad esempio, a livello europeo, al c.d. *Prüm system*<sup>21</sup>).

Nel corso del nuovo millennio, quindi, a ben vedere, le innovazioni scientifiche e tecnologiche in ambito genetico-forense sono finite non solo con l'interagire, in modo sempre più stringente, con la giustizia penale, ma sono arrivate ad assumere una significativa posizione nel settore della *governance of crime*: espressione che, negli studi socio-criminologici anglofoni, indica l'insieme di quelle conoscenze e strategie ovvero delle tecniche di indagine che afferiscono alla questione del "controllo" della criminalità<sup>22</sup>. Nella specie, l'incontro tra le politiche di contrasto al crimine, orientate alla garanzia della sicurezza nella collettività, e il progresso in materia genetico-forense si è manifestato su due livelli. Da un lato, si ripresenta nella cosiddetta *genetic surveillance*, con cui si fa riferimento a tutti quei sistemi di raccolta di dati genetici a scopi prevalentemente investigativi o comunque finalizzati a politiche di contrasto al fenomeno criminale; dall'altro, la nozione poc'anzi richiamata di *governance of crime* si rivolge, nel contesto *de quo*, al complesso degli indirizzi, volti al medesimo fine, che sono stati seguiti dagli attori statali, i quali si sono avvalsi anche dell'apporto di agenzie ovvero di altri soggetti privati.

---

U.S. Code). Cfr. altresì il *leading case Maryland v. King*, 569 U.S. 435, 2013 analizzato nel recente contributo di S.D. Hope, J. Meejan, *Overview of Familial DNA and Forensic Phenotyping*, in *Handbook of DNA Profiling*, a cura di H.R. Dash, P. Shrivastava e J.A. Lorente, Singapore 2022, spec. 344 ss.). In argomento, infine, sia consentito il rinvio a J.S. Wehnunt, *Drawing the Line: DNA Databasing at Arrest and Sample Expungement*, in *Ga. St. U. L. Rev.* 2013, 29(4), 1063 ss. e, più di recente, J.K. Wagner, *DNA, Racial Disparities, and Biases in Criminal Justice: Searching for Solutions*, in *Alb. L.J. Sci. & Tech.* 2017, 95 ss. nonché a G. Formici, *op. cit.*, 308 (nt. 13), dove si evidenzia che gli approcci seguiti dai singoli Stati in materia della c.d. *arrestees' discipline* non sono omogenei tra di loro.

<sup>21</sup> H. Machado, R. Granja, *Genetic surveillance and crime control. Social, cultural, and political perspectives*, cit., 49 ss. Il Trattato di Prüm, originariamente, è stato stipulato il 27 maggio del 2005 tra Belgio, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Austria, per poi essere aperto all'adesione di tutti gli Stati membri. La stessa vocazione del documento mirava, tuttavia, al fatto che questo divenisse uno strumento recepito anche a livello comunitario, attesa la speranza che acquisisse un'"operatività trasversale", che si connetteva alla stessa *ratio* dei contenuti del testo, orientati a favorire la cooperazione tra ordinamenti mediante scambio di dati (relativi tanto ai profili del DNA, quanto quelli dattiloscopici ovvero afferenti all'immatricolazione dei veicoli) allo scopo di contrastare il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e l'immigrazione illegale. Di lì a poco, il descritto auspicio si è concretizzato: con le Decisioni 2008/615/GAI e 2008/616/GAI, il Trattato *de quo* è stato pienamente "incorporato" nel quadro normativo europeo. Nella dottrina italiana, anche per ulteriori approfondimenti, si veda il recente contributo di L. Scaffardi, *Next generation Prüm e le scelte strategiche della UE: dall'ampliamento nello scambio dei dati genetici all'introduzione del riconoscimento facciale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24.3.2021 nonché, già prima, G. Di Paolo, *La circolazione dei dati personali nello spazio giudiziario europeo dopo Prüm*, in *CP* 2010, 1969 ss. Per un'analisi che dà conto dei profili problematici relativi allo scambio delle informazioni in parola, si veda R. Belfiore, *Raccolta e scambio dei dati genetici nell'Unione europea*, in *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, a cura di C. Casonato, L. Busatta, S. Penasa, C. Piciocchi e M. Tomasi, Trento 2014, 195-227.

Si segnala, inoltre, che a livello sovranazionale, il quadro normativo di riferimento risulta essere stato integrato e aggiornato dal Regolamento (UE) 2024/982 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13.3.2024 sulla consultazione e lo scambio automatizzati di dati per la cooperazione di polizia e che modifica le decisioni 2008/615/GAI e 2008/616/GAI del Consiglio e i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2019/817 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio (c.d. regolamento «Prüm II»). L'intervento non è scevro da aspetti critici evidenziati dallo stesso Garante europeo della protezione dei dati personali (European Data Protection Supervisor (EDPS)), *Opinion 4/2022 on the Proposal for a Regulation on automated data exchange for police cooperation ("Prüm II")*, 2.3.2022, § 30), relativi, ad esempio, al fatto che non vi è né una selezione – a monte – dei reati per i quali si consente l'accesso ai profili DNA né tantomeno una differenziazione, in sede di raccolta, tra quelli afferenti ai condannati e quelli che si riferiscono a soggetti diversi (imputati, indagati ovvero anche le stesse vittime); sul punto, si vedano le considerazioni di F. Sanvitale, *Quello che il legislatore non dice in tema di prova genetica. Dalla banca dati nazionale del DNA al familial searching*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 18.4.2024, spec. 5 s.

<sup>22</sup> H. Machado, R. Granja, *Forensic Genetics in the Governance of Crime*, Singapore 2020, 2.

Si tratta, quindi, nel suo insieme, di una moltitudine di strategie che può avere riflessi tanto su questioni di ampio respiro (come il bilanciamento di interessi ovvero dei valori etico-sociali), quanto su tematiche specifiche connesse alle singole pratiche che si decidono di incentivare<sup>23</sup>. In un simile *trend*, accanto allo sviluppo tecnico-scientifico in materia di *DNA profiling* ai fini dell'identificazione personale, si annovera quindi anche la tendenza emergente nelle indagini criminali a effettuare ricerche in database del DNA allo scopo di individuare non l'autore del reato, tramite *match* del profilo genetico, bensì un individuo strettamente imparentato con lui (in specie, il riferimento è qui alle cosiddette *familial DNA investigations* o *familial DNA analysis*<sup>24</sup>, impiegate soprattutto nel Regno Unito e in alcuni Stati nordamericani<sup>25</sup>). A ciò si unisce, come si è appreso dalle ultime due vicende descritte, l'implementazione di nuove analisi dalle potenzialità totalmente diverse: è il caso del *Forensic DNA Phenotyping* (FDP),

<sup>23</sup> Cfr. H. Machado, R. Granja, *Genetic surveillance and crime control. Social, cultural, and political perspectives*, cit., spec. 6 ss.

<sup>24</sup> R.M. Mateo et al., *Familial DNA analysis and criminal investigation: Usage, downsides and privacy concerns*, in *Forensic Sci. Int.* 2021, 1 ss.

<sup>25</sup> Si vedano, L. Scaffardi, *L'impiego processuale del DNA fra giustizia genetica e garanzie costituzionali*, cit., 523 e G. Formici, *From "familial searching"*, cit., 309 ss. Si ha dunque a che fare, in altre parole, con ricerche che non sono orientate a trovare un profilo che corrisponda a quello dell'autore (*partial matching*), ma profili che appartengono a soggetti che possono avere con lui uno stretto legame di parentela (c.d. *genetic relatedness*). Con riferimento alla legislazione italiana, di recente, F. Sanvitale, *Quello che il legislatore non dice in tema di prova genetica*, cit., 28 ss., a cui si rimanda anche per ulteriori riferimenti bibliografici e considerazioni sul punto. Nella specie, l'Autore ha rilevato che, da un lato, le ricerche in parola non sono oggetto di una disciplina specifica e, dall'altro, che, al contempo, l'art. 7, l. n. 85 del 2009, sembra adottare una prospettiva di apertura con riguardo alla possibilità di impiego di un profilo di DNA estratto da una data persona per individuarne una diversa.

Avvalendosi di una prospettiva comparata e concentrandosi sull'area europea, un primo esempio di caso risolto attraverso le cosiddette ricerche "familiari" (aventi ad oggetto, appunto, la ricostruzione delle relazioni genetiche tra le persone) è quello relativo alla vicenda inglese conosciuta come dello "Shoe Rapist" (lett. "stupratore delle scarpe"). Tra il 1983 e il 1986, nella località di Rotherham (un sobborgo del South Yorkshire, Inghilterra), si erano annoverati una serie di episodi di aggressione e stupro consumatisi ai danni di donne di età compresa tra i 18 e i 54 anni; tutti avvenuti nelle prime ore della mattina dopo che queste avevano trascorso la nottata fuori. L'autore, inoltre, era solito portare via, dopo le aggressioni, le scarpe delle vittime (da qui il citato soprannome). Il caso rimase irrisolto per vent'anni, sino all'alba del nuovo millennio. Nel 2002, a seguito della sua riapertura, furono considerati alcuni profili raccolti nel *British National Database* (NDNAD) e, in particolare, se ne individuano quarantatré potenzialmente connessi a quello dell'uomo ricercato. Tra questi, nella specie, emerse quello di una giovane donna. Nello specifico, non appena quest'ultima, dopo essere stata contattata dalla polizia, aveva avvisato il fratello per riferirgli che gli inquirenti gli avrebbero chiesto di fornire loro un campione del suo DNA, questi chiamò il padre per confessare di aver commesso, in passato, dei gravi reati. Giunta a casa dell'uomo per una perquisizione, la polizia avrebbe rivenuto, in un nascondiglio, centoventiquattro scarpe diverse. Richiamano puntualmente la vicenda H. Machado, R. Granja, *Genetic surveillance and crime control*, cit., 94. Per approfondimenti, anche in chiave critica, sulle indagini basate sul *familial searching*, nonché per ulteriori riferimenti bibliografici, A. Nieto, *Familial searching: how implementing minimum safeguards ensures constitutionally-permissible use of this powerful investigative tool*, in *Cardozo L. Rev.* 2019, 40, 1765 ss.; E. Murphy, *Relative doubt: familial searches of DNA databases*, in *Mich. L. Rev.* 2010, 109, 291 ss. Le ricerche familiari, inoltre, risultano essere una frontiera a cui si è affiancato, in tempi più recenti, l'impiego della genetica, al fine di costruire una sorta di "albero genealogico" del sospettato (c.d. *forensic genetic genealogy searches*, FSS). G. Formici, *op. cit.*, 319 ss., in particolare, rileva puntualmente i profili problematici legati alla raccolta dei dati provenienti dai *genetic genealogy database*, sia con riguardo alla *privacy*, che con riferimento ai possibili pericoli di discriminazione. Nello specifico, questi sono connessi al fatto che nel caso della *forensic genetic genealogy* i profili con cui si opera la comparazione sono di soggetti che, per ragioni completamente estranee rispetto a un'indagine criminale, hanno fornito i loro dati per tutt'altri scopi (ad esempio per un *test* medico oppure una ricerca, privata, sulla propria origine etno-geografica). Tra le inchieste in cui la tecnica di ricerca è stata impiegata si ricorda, ad esempio nel 2018, l'indagine sul "Golden State Killer case" statunitense (*ex multis*, C. Phillips, *The Golden State Killer investigation and the nascent field of forensic genealogy*, in *Forensic Sci. Int. Genet.* 2018, 36, 186-188).

che si riferisce alla predizione dei caratteri esternamente visibili (EVCs) riguardanti l'aspetto, l'ascendenza biogeografica e l'età, da tracce biologiche<sup>26</sup>.

Questo esame genetico-forense, come si avrà modo di precisare (*infra*, § 2) si distingue rispetto a quello "tradizionale" sia per quanto attiene all'oggetto che per quanto riguarda i risultati dell'analisi e, ad oggi, si profila, oltre che quale frontiera emergente dell'analisi genetica in campo forense<sup>27</sup>, come una promettente e al contempo controversa risorsa da impiegarsi a livello investigativo. Nella specie, infatti, può trovare applicazione non solo nelle indagini "in corso" ma anche con riferimento ai cosiddetti *cold cases* (i "casi irrisolti"), nei quali, l'impiego, sin da subito, del *profiling* non risulterebbe *in re ipsa* possibile.

La tecnica richiamata, d'altronde, sembra oramai aver superato i confini del nuovo continente; invero, seppur con diversità a seconda degli ordinamenti, è gradatamente approdata anche in area europea.

Nell'approcciarsi più da vicino a questa nuova frontiera di sviluppo della genetica forense, considerando altresì alcune vicende in cui ha trovato applicazione, la riflessione si dirigerà quindi sul tema dell'impatto delle innovazioni in ambito genetico-forense sul sistema penale. Nello specifico, l'intreccio tra l'ambito penale e i progressi scientifici in esame è legato proprio agli effetti che da questa nuova tipologia di analisi del DNA possono derivare in materia di politica criminale<sup>28</sup>, i quali coinvolgono anche rilevanti questioni a carattere etico. Come già può desumersi dai casi passati in rassegna, attraverso il ricorso al *Forensic DNA Phenotyping* nel contesto investigativo le ricerche, in primo luogo, vengono ad essere indirizzate verso un "gruppo di possibili sospettati", che sono accomunati da determinate caratteristiche, e, di fatto, solo in seguito, si può pervenire all'esito di "confermare", una volta individuato, uno specifico soggetto appartenente alla cerchia circoscritta in precedenza.

Si tratta, infatti, di una tecnica che anche se non è in grado di predire caratteristiche fenotipiche individuali con certezza, può permettere di inferirne alcune in termini di probabilità. Già può

<sup>26</sup> Rispetto al *DNA Phenotyping* utilizzato nei casi criminali citati, negli ultimi anni si è assistito a significativi avanzamenti grazie all'avvento delle tecnologie di *Massively Parallel Sequencing* (MPS), che hanno a loro volta consentito un incremento del numero di DNA *markers* simultaneamente genotipizzati, nonché dell'uso di strumenti validati per l'ambito forense che forniscono anche l'accuratezza della predizione. Se fino al biennio 2014/2015 gli studi erano prioritariamente concentrati sulle scoperte in materia di colore degli occhi e dei capelli, che già allora avevano ottenuto sviluppi significativi; negli anni a venire, si è aggiunta la possibilità di impiegare l'analisi per ricostruire il colore della pelle o di altri tratti somatici, come, ad esempio: il colore delle sopracciglia, le lentiggini, la struttura del capello oppure l'altezza. Inoltre – anche se può considerarsi attualmente ancora in fase di perfezionamento – si richiama la predizione relativa alla struttura del viso e alla sua morfologia. Una novità degli ultimi anni, invece, attiene alla possibilità di determinare anche taluni tratti esteriori che dipendono da fattori esogeni, come l'esposizione a determinati ambienti, connessi allo stile di vita (come nel caso in cui il soggetto sia un fumatore). Tra i numerosi studi genetico-forensi dai quali è possibile evincere gli ultimi approdi del *DNA phenotyping* si richiamano: Z. Xiong et al., *Combining genome-wide association studies highlight novel loci involved in human facial variation*, in *Nature Communications* 2022, 13, 1 ss. (spec. 8); il report redatto da G. Samuel, B. Prainsack, *Societal, ethical, and regulatory dimensions of forensic DNA phenotyping*. VISAGE, 2019, 10 ss. (consultabile all'indirizzo [www.visage-h2020.eu](http://www.visage-h2020.eu)); M. Kayser, *Forensic DNA Phenotyping: Predicting human appearance from crime scene material for investigative purpose*, in *Forensic Sci. Int. Genet.* 2015, 18, 33-48; M. Kayser et al., *Recent advances in Forensic DNA Phenotyping of appearance, ancestry and age*, in *Forensic Sci. Int. Genet.* 2023, 65, 1 ss.; A. Vidaki, M. Kayser, *From forensic epigenetics to forensic epigenomics: broadening DNA investigative intelligence*, in *Genome Biology* 2017, 1 ss.; C. Xavier et al., *Development and inter-laboratory evaluation of the VISAGE Enhanced Tool for Appearance and Ancestry inference from DNA*, in *Forensic Sci. Int. Genet.* 2022, 61, 1 ss.

<sup>27</sup> In tal senso, A. Cicognani, S. Pelotti, M. Fallani, *Medicina legale*, cit., 336.

<sup>28</sup> Atteso che, in assenza di regolamentazione, si desume che la tecnica è sostanzialmente "permessa" (cfr. B.J. Koops, M. Schellekens, *Forensic DNA Phenotyping: Regulatory Issues*, cit., 158 ss.). Sulla nozione di politica criminale sia consentito di rinviare a D. Pulitanò, *Politica criminale*, in *ED*, XXXIV, 1985, 73 ss. e, più di recente, a M. Caputo, *Politica criminale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 5.4.2023.

comprendersi, quindi, perché in letteratura quanto descritto è rievocato come l'ingenerarsi di una *collective dimension of suspicion*, che può finire col divenire, nella fase finale, una sorta di "processo di convergenza" tra l'identificazione individuale e quella collettiva. Solo una volta individuato nel "gruppo" il sospettato, infatti, si avrà un ritorno alla *individual dimension*, nel momento in cui sarà necessario trovare una conferma della sua identificazione mediante il ricorso al *DNA profiling*. Solamente in caso di esito positivo, sarà possibile, in definitiva, addivenire al completamento dell'identificazione del soggetto<sup>29</sup> (*infra*, § 2).

2. Come si anticipava, circa vent'anni dopo la vicenda del "Baton Rouge Serial Killer", lo sviluppo delle tecniche di *Forensic DNA Phenotyping* restituisce un quadro dove queste si sono perfezionate relativamente alla loro capacità di descrivere, sempre mediante inferenze, alcune caratteristiche esteriori dei soggetti. A ben vedere, tuttavia, accanto alle voci di coloro che guardano con interesse al *DNA Phenotyping*, sottolineandone i potenziali applicativi in ambito investigativo<sup>30</sup>, non mancano rilievi che ne fanno emergere i profili controversi, i quali toccano innanzitutto tanto il piano generale dell'affidabilità dei dati ricavati, quanto il pericolo che di questi possa essere effettuata un'interpretazione fuorviante, la quale non tenga in debita considerazione il fatto che si tratta *in re ipsa* di risultati probabilistici. Inoltre, le altre criticità, che saranno approfondite più nel dettaglio, sono direttamente connesse al fatto che, come si diceva, non si ha a che fare con risultati che consentano di addivenire a una vera e propria identificazione individuale, ma, piuttosto, di pervenire a una sorta di "identificazione collettiva", determinata dal fatto che gli inquirenti, come avvenuto nei casi descritti nella prima parte del lavoro, possono finire con l'orientare le ricerche verso un determinato gruppo della popolazione, al quale si presuppone appartenga il sospettato<sup>31</sup>.

A ben vedere, anche in Europa continentale possono annoverarsi alcune vicende, successive all'"Operation Minstead", in cui il *Forensic DNA Phenotyping* ha trovato spazio<sup>32</sup>, sebbene si debba sottolineare che questo si è, di fatto, circoscritto a un limitato numero di inchieste di una certa rilevanza<sup>33</sup>. Si pensi, ad esempio, all'indagine olandese sull'omicidio e stupro di Marianne Vaatstra<sup>34</sup>, oppure, in Spagna, in primo luogo, a quella seguita agli attentati avvenuti a Madrid l'11 marzo 2004 (conosciuti come "11-M")<sup>35</sup>, ovvero in altri casi criminali noti, come

<sup>29</sup> H. Machado, R. Granja, *Genetic surveillance and crime control. Social, cultural, and political perspectives*, cit., 129. Un recente esempio di successo dell'impiego "combinato" delle due analisi del DNA è quello che ha avuto luogo nell'ambito dell'indagine sul *cold case* olandese relativo allo stupro e all'omicidio della allora diciannovenne Milicia Van Doorn, avvenuto nel 1992 e perpetrato da un individuo rimasto ignoto sino al novembre del 2017. Per una ricostruzione della vicenda, si veda la *news* riportata sul sito ufficiale del *Netherlands Forensic Institute* (<https://www.forensicinstitute.nl/news/news/2018/01/29/dna-match-in-milicia-van-doorn-cold-case>). Cfr. altresì M. Kayser et al., *Recent advances in Forensic*, cit., 2.

<sup>30</sup> Cfr. G. Samuel, B. Prainsack, *Forensic DNA phenotyping in Europe: views "on the ground" from those who have a professional stake in the technology*, in *New Genet. Soc.* 2018, 38(2), 119-141 e M. Wienroth, *Governing anticipatory technology practices. Forensic DNA phenotyping and the forensic genetics community in Europe*, in *New Genet. Soc.* 2018, 37(2), 137-152.

<sup>31</sup> H. Machado, R. Granja, *Genetic surveillance and crime control. Social, cultural, and political perspectives*, cit., 127.

<sup>32</sup> Per ulteriori esempi, E. Murphy, *Legal and Ethical Issues in Forensic DNA Phenotyping*, cit., 7.

<sup>33</sup> M. Wienroth, *Governing anticipatory technology practices*, cit., 137 ss.; H. Machado, R. Granja, *Genetic surveillance and crime control. Social, cultural, and political perspectives*, cit., 126.

<sup>34</sup> A. M'chareck, *Silent witness, articulate collective: DNA evidence and the inference of visible traits*, in *Bioethics*, 2008, 9, 519-528. Il caso *de quo* assume rilievo anche con riferimento agli effetti sull'indagine conseguiti al ricorso all'esame di fenotipizzazione. Invero, prima di quel momento gli inquirenti ritenevano che l'autore dovesse appartenere a un gruppo di richiedenti asilo, dall'esame del DNA era invece emerso che doveva invece trattarsi di un soggetto discendente da genitori europei, che ha poi trovato conferma con l'arresto e la condanna di un uomo di origini olandesi.

<sup>35</sup> C. Phillips et al., *Ancestry analysis in the 11-M Madrid bomb attack investigation*, in *PLoS One*, 11.8.2009.

il rapimento e l'uccisione di Eva Blanco<sup>36</sup>, nonché alla celebre inchiesta che ha attraversato la Germania e l'Austria relativa al c.d. *Phantom of Heilbronn* (lett. il “fantasma di Heilbronn”)<sup>37</sup>. In quest'ultima vicenda, atteso che, al tempo, la legislazione tedesca non regolamentava la materia, le autorità, al fine di indagare su un omicida seriale, si erano rivolte a una società austriaca per ottenere un'analisi dell'origine etno-geografica del presunto autore<sup>38</sup>. Non solo, guardando alla realtà italiana, nel corso dell'inchiesta sul “caso Gambirasio”<sup>39</sup>, allorquando è emerso che, con riferimento al DNA di “Ignoto 1”, si era rilevato che, con una probabilità superiore al 90%, quest'ultimo dovesse avere gli occhi azzurri, il dato era stato ricavato attraverso l'analisi del DNA su una traccia finalizzata a specificare i caratteri fenotipici del soggetto, affidata anche al *Department of Forensic Science* della *George Washington University*<sup>40</sup>.

Guardando al piano normativo, nella gran parte dei Paesi europei manca una regolamentazione specifica relativa alla materia *de qua*. I Paesi Bassi, nel 2003, sono stati il primo ordinamento del vecchio continente a intervenire con una legislazione *ad hoc*<sup>41</sup> – in accordo con la quale,

<sup>36</sup> In generale, la Spagna sembra essere uno degli ordinamenti europei in cui, seppur in assenza di una normativa specifica, dopo l'indagine sull'attacco terroristico a Madrid del 2004, la fenotipizzazione del DNA ha trovato un ampio impiego in sede investigativa, sia al fine di “predire” l'“ancestralità biogeografica”, quanto allo scopo di ricostruire le caratteristiche esteriori ovvero l'età dei sospettati (non risulta invece possibile, per il momento, l'archiviazione dei dati in parola). La realtà spagnola è attraversata da anni da un dibattito in materia, che spinge a ritenere che, in futuro, si addiverrà a una normativa *ad hoc*; sul punto, cfr. il rapporto curato da G. Samuel, B. Prainsack, *The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe*. VISAGE, 2018, 48 ss. (consultabile all'indirizzo [www.visage-h2020.eu](http://www.visage-h2020.eu)).

<sup>37</sup> G. Samuel, B. Prainsack, *Societal, ethical, and regulatory dimensions of forensic DNA phenotyping*, cit., 32 s.

<sup>38</sup> Riporta il fatto che le analisi, vietate all'epoca nel territorio tedesco, furono svolte in Austria, T. Rey, *Push for Forensic DNA Phenotyping, Ancestry Testing in Germany Raises Discrimination Concerns*, in *Genomeweb*, 4.5.2018.

<sup>39</sup> La vicenda, inoltre, può essere menzionata anche come un noto esempio di impiego del *familial searching* nell'ambito di un'inchiesta italiana (cfr. F. Sanvitale, *Quello che il legislatore non dice in tema di prova genetica*, cit., 29 e F. Sarzanini, *Dal buio totale a «Ignoto 1»*, in *Yara. Il DNA e altre verità*, a cura di M. Garofalo e G. Mercuri, Milano 2014, 23 ss.). Per alcuni approfondimenti ulteriori, nella letteratura straniera, T. Graversen, J. Morterab, G. Lago, *The Yara Gambirasio case: combining evidence in a complex DNA mixture Case*, in *Forensic Sci. Int. Genet.* 2019, 3, 53 ss.

<sup>40</sup> Si evidenzia che i tratti esteriori rilevati dall'esame di FDP, in particolare il colore degli occhi, sono richiamati in un passaggio della pronuncia della Corte di Assise di Appello di Brescia (Ass. App. 16.10.2017 n. 16; il testo integrale della sentenza è liberamente accessibile su [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com)) nonché nella pronuncia di legittimità relativa al caso in parola (Cass. 12.10.2018 n. 52872, in *DeJure*).

<sup>41</sup> *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, Jaargang 2003, 312, *Besluit van 17 juli 2003, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 8 mei 2003 tot wijziging van de regeling van het DNA-onderzoek in strafzaken in verband met het vaststellen van uiterlijk waarneembare persoonskenmerken uit celmateriaal* (Stb. 2003, 20), con cui si è intervenuti sulla sez. 138a del codice di procedura penale olandese (recentemente modificata nel 2020). La legge del 2003 consentiva, in linea di principio, l'analisi forense del DNA per determinare l'“ancestralità biogeografica” e le caratteristiche fisiche; tuttavia, l'inclusione delle singole caratteristiche visibili richiedeva una decisione del Parlamento e un decreto reale attuativo. Allo stato attuale si rileva che tra le EVCs possono predirsi il colore degli occhi (dal 2012) e dei capelli (dal 2017) e, nel 2018, la procedura normativa è stata avviata per consentire le analisi afferenti al colore della pelle. Cfr. P.M. Schneider, B. Prainsack, M. Kayser. *The Use of Forensic DNA Phenotyping in Predicting Appearance and Biogeographic Ancestry*, in *Dtsch Arztebl Int.* 2019, 873-880. Si segnala che, in generale, l'approccio seguito dal legislatore olandese sin dal 2003 è stato “precauzionale-restrittivo”, la normativa, infatti, ammette che l'analisi possa rivolgersi anche alla determinazione probabilistica dei tratti esteriori, circoscritti tuttavia a quelli che sono percepibili esternamente e visibili dalla nascita (A. M'chareck, *Silent witness*, cit., 519 ss.). Vi è inoltre un ulteriore “doppio limite”: da un lato possono essere esaminate solamente quelle caratteristiche che, in qualche modo, contribuiscono alla risoluzione di un'indagine penale (ad esempio, per un *identikit*), dall'altro nel corso della ricerca (c.d. *DNA source*) si impone la salvaguardia della *privacy* – qui in veste del c.d. *right not to know* (richiamato, ad esempio, anche in A. Bernes, *Dati e ricerca genetica. Dalla tutela individuale alla gestione procedurale*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2022, 1, 69 s.). Si tratta di un diritto che, nella Dichiarazione



oggi, il *test* in oggetto può essere impiegato, in indagini afferenti a gravi crimini, per la determinazione del sesso, dell’“ancestralità biogeografica” e del colore dei capelli e degli occhi<sup>42</sup>. Nel 2018, anche la Slovacchia è intervenuta sul punto e ha optato per permettere le analisi in questione in circostanze simili a quelle oggetto della legislazione olandese (ossia dinnanzi a gravi reati) se finalizzate a ricostruire i cosiddetti *visible phenotypic traits* (dunque, i tratti relativi all’apparenza esteriore di un soggetto)<sup>43</sup> e, l’anno successivo, vi ha fatto seguito la Germania. Invero, nel 2019 il legislatore tedesco ha approvato una normativa sulla cosiddetta *erweiterte DNA-Analyse* (lett. analisi “estesa” del DNA) in accordo con la quale sono permesse quelle “predizioni” che attengono alle *externally visible characteristics* (come, ad esempio, i capelli, gli occhi o il colore della pelle) oppure all’età (sino a quel momento si potevano effettuare solo quelle relative al sesso), restando invece escluse le indagini afferenti alle origini biogeografiche di un soggetto<sup>44</sup>. Deve altresì segnalarsi che alcuni studiosi evidenziano come in Austria, dopo la revisione, nel 2018, del *Sicherheitspolizeigesetz* (il *Security Police Act*), si è registrata un’apertura nei riguardi dell’uso della fenotipizzazione forense del DNA<sup>45</sup>, con un doppio limite. Da un lato, si afferma di considerare solamente i *DNA markers* che possono rivelare informazioni utili a fini identificativi (dunque con esclusione di tutte quelle informazioni che riguardano, ad esempio, le condizioni di salute di un soggetto ovvero dati relativi alla sua personalità o carattere); dall’altro, si ribadisce che deve restare fermo il fatto

---

sul genoma umano e sui diritti umani del 1997 (UNESCO Res. 29C/31, 30<sup>th</sup> Sess., (Vol. 1), art. 5(c)), viene descritto nei seguenti termini: «The right of each individual to decide whether or not to be informed of the results of genetic examination and the resulting consequences should be respected» (in termini speculari la Convenzione europea sui diritti umani e sulla biomedicina del 1997, art. 10, par. 2). Sotto il secondo profilo, soluzioni legislative come quella olandese si ripropongono di eliminare la questione consentendo l’ammissibilità del *test* solo per quelle caratteristiche esteriori già note al soggetto interessato. Relativamente al primo aspetto, in caso di incertezza sul fatto che da una determinata traccia si possano determinare i tratti rilevanti per una data inchiesta, la scelta caldeggiata a livello regolamentare è quella di non procedere ad alcun esame; cfr. B.J. Koops., M. Schellekens, *Forensic DNA Phenotyping: Regulatory Issues*, cit., 169 s. nonché C.E. MacLean, *Creating a Wanted Poster from a Drop of Blood: Using DNA Phenotyping to Generate an Artist's Rendering of an Offender Based Only on DNA Shed at the Crime Scene*, in *Hamline L. Rev.* 2013, 36 (3), 357 ss. (spec. 371 s.).

<sup>42</sup> R. Hopman, *Opening up forensic DNA phenotyping: the logics of accuracy, commonality and valuing*, in *New Genet. Soc.* 2020, 39(4), 424-440; R. Hopman, A. M’charek, *Facing the unknown suspect: forensic DNA phenotyping and the oscillation between the individual and the collective*, in *BioSocieties* 2020, 15, 438 ss.; G. Samuel, B. Prainsack, *Forensic DNA phenotyping in Europe*, cit., 119 ss.; A. Durkin, *Estimating a face*, cit., 1288 specifica che gli inquirenti possono fare ricorso all’esame in via sussidiaria, qualora ogni altro mezzo investigativo abbia fallito (sul punto, si veda altresì E. Murphy, *Legal and Ethical Issues in Forensic DNA Phenotyping*, cit., 19).

<sup>43</sup> G. Samuel, B. Prainsack, *Civil society stakeholder views on forensic DNA phenotyping: balancing risks and benefits*, in *Forensic Sci. Int. Genet.* 2019, 431 ss.

<sup>44</sup> Deve segnalarsi, inoltre, che diversamente dal 2018 la legge di polizia bavarese (*Polizeiaufgabengesetz – PAG*) prevedeva aperture in merito alla possibilità di effettuare anche *test* relativi all’ancestralità biogeografica. Si precisa, che inoltre, il ricorso alle tecniche di FDP (richiamate di frequente con l’espressione *erweiterte DNA-analysen*, lett. analisi “estese” ovvero “avanzate” sul DNA; v., ad esempio, il suo impiego nell’ambito del STS Freiburg Group, *Symposium Erweiterte DNA Analyse in der Forensik: Möglichkeiten, Herausforderungen, Risiken*, tenutosi il 9 e 10 giugno del 2017) viene consentito solamente nelle indagini relative a casi dove si ritiene che l’autore costituisca un “pericolo immediato”. Sul punto, si richiamano le riflessioni di G. Vogel, *In Germany, controversial law gives Bavarian police new power to use DNA. State law allows DNA profiling for specific traits for the first time in Germany*, in *Science*, 15.5.2018 e di N. Amelung, H. Machado, *Governing expectations of forensic innovations in society: the case of FDP in Germany*, in *New Genet. Soc.* 2021, 40(4), 498-519 (spec. 500 s.), che evidenziano come il riferimento al “pericolo immediato” si spieghi rilevando che il contesto di applicazione pensato era quello delle indagini in materia di terrorismo. Cfr. altresì R. Granja, H. Machado, *Forensic DNA phenotyping and its politics of legitimation and contestation: views of forensic geneticists in Europe*, in *Soc. Stud. Sci.* 2023, 53 (6), 850-868 (spec. 851) e G. Samuel, B. Prainsack, *The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe*, cit., 40.

<sup>45</sup> G. Samuel, B. Prainsack, *The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe*, cit., 74.

che qualsiasi impiego forense del DNA deve rispettare i canoni di proporzionalità<sup>46</sup>. Infine, nel 2023, in Svizzera si è ammesso per legge il ricorso alla fenotipizzazione forense del DNA per la stima del colore di occhi, pelle e capelli; nonché per quella relativa alla ascendenza biogeografica e all'età<sup>47</sup>.

Negli altri Paesi dell'area europea, manca invece una qualsivoglia regolamentazione specifica e da ciò discende che l'approccio nei riguardi della possibilità di ricorrere all'esame del DNA in oggetto, per le esigenze del sistema penale, varia a seconda del contesto di riferimento. Taluni evidenziano che, in almeno undici ordinamenti, di fatto, anche in assenza di una normativa, la tecnica ha già trovato impiego nella prassi<sup>48</sup>, mentre altri sottolineano che, talvolta, da tale vuoto deriva che la decisione sul ricorso o meno allo stesso cade in capo agli stessi professionisti forensi locali, che spesso si trovano a operare scelte interpretative con una scarsità di indicatori di riferimento<sup>49</sup>. Vi sono realtà, come l'Inghilterra, in cui la regolamentazione e il monitoraggio in materia è affidato a delle commissioni indipendenti (*id est*: «forensic science regulator» e «biometrics and surveillance camera commissioner»<sup>50</sup>). In altri contesti, come in Francia, l'apertura si è invece registrata a livello giurisprudenziale, dopo che la Corte di Cassazione, nel 2014, ha assunto una posizione favorevole all'impiego del *Forensic DNA Phenotyping* sulle tracce rinvenute sulla scena del crimine, prima vietato<sup>51</sup>. Sul versante opposto, per completezza, si deve altresì segnalare che ad avviso di alcuni, anche in assenza di un divieto *ad hoc*, dalle normative vigenti lo si potrebbe desumere: così in Irlanda, dove si correlerebbe a quello di raccogliere nelle banche dati i dati relativi alle *coding regions* del DNA (presente, peraltro, anche in Italia) oppure in Belgio dove vige quello di impiegare i *DNA coding markers* per *identification purposes* ed è in corso il dibattito sul fatto che la detta previsione riguardi o meno il *Forensic DNA Phenotyping*<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> G. Samuel, B. Prainsack, *Shifting Ethical Boundaries in Forensic Use of DNA*, in *Jahrb. Wiss. Ethik* 2019, 24(1), 162.

<sup>47</sup> 363 *Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen (DNA-Profil-Gesetz) vom 20. Juni 2003 (Stand am 1. September 2023)* § 1 (la traduzione ufficiale inglese del testo è liberamente accessibile al link <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2004/811/en>).

<sup>48</sup> In un recente contributo vengono espressamente richiamati, quali esempi in tal senso: Belgio, Francia, Ungheria, Italia, Regno Unito, Polonia, Repubblica Ceca, Svezia e Spagna; a cui si aggiungono alcuni Paesi extra-europei, come il Canada e l'Australia (A. Durkin, *Estimating a face*, cit., 1289). Tra questi, si segnala che in alcune realtà, con espressa menzione del Belgio e dell'Italia, sembra che l'impiego – sino ad adesso – sia avvenuto prevalentemente con riferimento alla predizione della BGA.

<sup>49</sup> Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, R. Granja, H. Machado, *Forensic DNA phenotyping and its politics of legitimization and contestation: views of forensic geneticists in Europe*, in *Soc. Stud. Sci.* 2023, 53(6), 852.

<sup>50</sup> Sul punto, C. McCartney, E. Amoako, *The UK Forensic Science Regulator: A Model for Forensic Science Regulation?*, in *Ga. St. U. L. Rev.* 2018, 34, 945 ss., oltre all'approfondimento, sul sito ufficiale del governo inglese ([www.gov.uk](http://www.gov.uk)) *About Us: Biometrics and Surveillance Camera Commissioner*.

<sup>51</sup> In Francia il FDP, fino al 2014, era proibito; a seguito della menzionata pronuncia della Suprema Corte (Cass. Crim. 25.6.2014 n. 13-87.493) viene ritenuto ammissibile esclusivamente: su tracce rinvenute sulla scena del crimine, per predire i tratti esteriori (e visibili) di un soggetto (*id est* quelle che nella traduzione proposta da M. Coquet, N. Terrado-Ortuño, *Forensic DNA phenotyping: privacy breach, bias reification and the pitfalls of abstract assessments of rights*, in *Int. J. Police Sci. Manag.* 2023, 25(3), 265, nt. 5 vengono riportate nei termini di «apparent morphological characteristics»), nelle indagini relative a gravi crimini e in via sussidiaria (ossia se non vi sono altre informazioni che possono agevolare nell'identificazione del sospettato). Nello specifico, la vicenda in oggetto concerneva un caso di stupro. Sul punto, G. Samuel, B. Prainsack, *The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe*, cit., 30 e 70 ss. e G. Samuel, B. Prainsack, *Societal, ethical, and regulatory dimensions of forensic DNA phenotyping*, cit., 72 s., dove viene sottolineato come la narrazione mediatica e su larga scala abbia avuto un concreto impatto sulla decisione della Suprema corte francese di permettere l'impiego della tecnica.

<sup>52</sup> G. Samuel, B. Prainsack, *The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe*, cit., 1 («Current

Anche guardando al nuovo continente, preso atto del fatto che si attesta un impiego molto più diffuso del FDP, il quadro normativo statunitense, quanto a lacunosità, presenta tratti comuni con quello europeo. Come rilevato in un recente contributo, si può stimare che in circa quarantuno Stati federati vi sia stato il ricorso alla tecnica in parola; tuttavia, viene segnalato che, in almeno quattro di questi, le normative interne ne vieterebbero il ricorso (Rhode Island, Indiana, New Mexico e Wyoming)<sup>53</sup>.

Posto a monte lo schema di sintesi sullo stato dell'arte del quadro normativo a livello europeo, si ritiene funzionale chiarire più nel dettaglio cosa cambia tra le due procedure di analisi del DNA che si sono richiamate: il *profiling* e la fenotipizzazione. Difatti, anche solamente dal raffronto tra i casi oggetto della prima parte del presente contributo, è possibile comprendere come ci si trovi di fronte all'ingresso di tecniche che consentono di addivenire a risultati dalla portata totalmente diversa rispetto a quelle tradizionalmente conosciute.

Entrando più nello specifico, il *DNA profiling* concerne un'analisi comparativa che, sulla falsariga di quanto avvenuto nel celebre caso inglese degli anni Ottanta, consente di identificare un soggetto muovendo dalla ricostruzione di due profili: quello tipizzato a partire dal materiale biologico, la cosiddetta "traccia (reperto biologico)"<sup>54</sup>, prelevata sulla scena del crimine ovvero, ad esempio, sul corpo o sui vestiti della vittima, e uno di "confronto", associato ad un individuo determinato e noto (perché previamente raccolto da un sospettato oppure presente nelle banche dati). Nel caso in cui dalla procedura comparativa emerga una compatibilità (*match*) tra i due profili rilevanti si impone di calcolare statisticamente la frequenza del profilo genetico nella popolazione (*Random Match Probability*) e la stima del rapporto di verosimiglianza o *likelihood ratio* (LR)<sup>55</sup>. Nello specifico, tale rapporto afferisce alla possibilità di addivenire a un determinato risultato scientifico a partire da due proposizioni concorrenti. Nell'ambito all'attenzione, si tratta, in particolare, della tesi dell'accusa e di quella della difesa e il risultato ottenuto definisce, di conseguenza, quello che è il grado di supporto della evidenza scientifico-forense dell'una o dell'altra posizione<sup>56</sup>. Si comprende, quindi, come

---

law forbids using coding markers for identification purposes, though there is dispute regarding whether [forensic DNA Phenotyping] is practiced for 'identification purposes' and therefore whether it is actually forbidden»; cfr. B.J. Koops, M. Schellekens, *Forensic DNA Phenotyping: Regulatory Issues*, cit., 173 s.

<sup>53</sup> Più nel dettaglio, in accordo con la legislazione del Rhode Island, vige il divieto di predisporre il campionamento del DNA al fine di ottenere informazioni su caratteristiche fisiche, tratti o predisposizioni alle malattie; analogamente, in Indiana e Wyoming è vietata la raccolta o l'archiviazione nelle banche dati di dati finalizzati a ottenere informazioni sui tratti fisici umani o predisposizioni alle malattie. Infine, nel New Mexico, vengono proibiti la raccolta, la conservazione o il rilascio nella banca dati nazionale del DNA di dati idonei a descrivere le caratteristiche fisiche o i tratti di un individuo, ovvero afferenti alla sua predisposizione per una malattia (fisica o mentale) o relativi a quella ad assumere determinati comportamenti. Cfr. la ricostruzione del quadro statunitense proposta da E. MacLean, *Creating a Wanted Poster from a Drop of Blood*, cit., 374 ss.

<sup>54</sup> Con riferimento alla raccolta delle tracce organiche dalle quali estrarre il DNA, sia consentito il rinvio a S. Lorusso, *L'esame della scena del crimine tra esigenze dell'accertamento, istanze difensive e affidabilità dei risultati*, in *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di C. Conti, Milano 2011, 33 ss.; nonché, più di recente, all'analisi, che dà conto anche degli ultimi orientamenti sovranazionali, e alle considerazioni di F. Sanvitale, *Quello che il legislatore non dice in tema di prova genetica*, cit., 9 ss. con riferimento alla possibilità per la polizia giudiziaria di acquisire la sostanza biologica seguendo vie alternative al prelievo o all'accertamento, rispettivamente oggetto della disciplina di cui agli articoli 224-bis e 359-bis Cpp.

<sup>55</sup> Cfr. M. Zieger, *Forensic DNA phenotyping in Europe: How far may it go?*, in *JL & Biosciences* 2022, 9(2), 2. L'Autore, nello specifico, evidenzia che, per molti anni, lo scopo principale dell'uso (forense) dell'analisi del DNA è stato quello di collegare («to link») un sospettato, sia nel caso in cui questo fosse già noto che in quello in cui si trattasse di un soggetto dal profilo "registrato" in una banca dati nazionale del DNA, con una traccia rinvenuta sulla scena del crimine.

<sup>56</sup> Come chiaramente puntualizzato da G. Gennari, *I giudici sono pronti per l'Activity Level?*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 8.11.2023, infatti: «Il rapporto di verosimiglianza si basa sull'attribuzione di una probabilità di ottenere un determinato risultato scientifico date due proposizioni concorrenti. Quindi la

un automatismo come quello che segue sarebbe fallace: ossia asserire in sé per sé che dal fatto di osservare un profilo genetico identico nel confronto tra il reperto e il campione biologico si ravvisi che questo profilo sia quello della persona confrontata (nella letteratura anglofona si parla in proposito di *prosecutor's fallacy*)<sup>57</sup>.

In ogni caso, il rilievo per cui il profilo genetico di una persona costituisca, per definizione, una caratteristica irripetibile dell'individuo che persiste immutata per la sua intera esistenza ha fatto sì che, di riflesso, in ambito giuridico, alla cosiddetta "prova del DNA" sia stato, e sia tuttora, attribuito il ruolo di "prova regina", non senza che da questo conseguano profili critici<sup>58</sup>. Quest'ultima, laddove presente, finisce infatti con l'assumere una funzione nodale ai fini dell'identificazione personale e, se l'attenzione si circoscrive all'ambito penale, tale elemento si ripresenta tanto in sede investigativa quanto, in seguito, nel corso dell'accertamento processuale.

A ben vedere, però, oltre alla presenza di limiti "oggettivi" al ricorso alla tecnica *de qua*<sup>59</sup> – legati, ad esempio, alle condizioni della traccia biologica e alla necessità che questa sia stata raccolta evitandone la contaminazione<sup>60</sup> –, se ne annovera anche uno che potremmo qualificare come "strutturale", in quanto è conseguenza della stessa articolazione del procedimento di analisi. Il processo dell'identificazione personale è infatti comparativo, poiché è basato sul raffronto del profilo ottenuto dalla traccia con quello appartenente a un individuo conosciuto (*match*). Invero, solamente se vi è una compatibilità si potrà procedere al calcolo del rapporto di verosimiglianza. Per converso, dall'assenza di un *match*<sup>61</sup>, ossia nei casi in cui tra i due

---

conclusione dovrebbe esprimere il grado di supporto fornito dalla *forensic evidence* per una proposizione verbale rispetto al suo opposto. Le proposizioni concorrenti sono i predicati che esprimono l'affermazione dell'accusa rispetto a quella della difesa. Se le due proposizioni concorrenti saranno che quel determinato materiale biologico appartiene o non appartiene al sospettato, il rapporto di verosimiglianza esprimerà il grado di supporto che quel determinato profilo genetico estratto dal materiale biologico fornisce alla proposizione che il materiale biologico provenga dal sospettato piuttosto che non provenga da lui. Il valore di LR sarà numerico, dove 1 rende le due proposizioni equivalenti, valori superiori a 1 supportano la proposizione dell'accusa e valori inferiori ad 1 supportano la proposizione della difesa».

<sup>57</sup> Per approfondire, C. Aikten, F. Taroni, *Statistics and the evaluation of evidence for forensic scientist*<sup>2</sup>, Chichester 2004.

<sup>58</sup> Ad onor del vero, occorre tuttavia sottolineare che un elemento che, a livello generale, si ripropone nella genetica forense è il suo basarsi su calcoli probabilistici. Questi, in quanto tali, seppur estremamente rigorosi, non dovrebbero portare a formulare un giudizio categorico di identificazione (sia esso positivo che negativo). In altre parole, come ricordato in un recente contributo, la prova del DNA è per definizione sempre, in parte, una "questione di probabilità" (A. Presutti, *La prova del DNA fra probabilità e certezza*, Milano 2019, xi s.; in cui si fa riferimento alla Guida per il professionista della *Royal Statistical Society* (UK)). D'altro canto, il riflesso dell'ingresso della prova scientifico-forense nel procedimento penale ben si descrive, nel complesso, richiamando le parole del noto studioso nordamericano di criminalistica, Paul L. Kirk (1902-1970), che aveva evidenziato come la scienza forense (o criminalistica) sia «an occupation that has all of the responsibilities of medicine, the intricacy of the law, and the universality of the sciences» (riporta la citazione E. Pilli, *Il ruolo dell'antropologo forense nei casi di persone scomparse*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto* 2022, 1, 9).

<sup>59</sup> Che si legano o alla stessa natura chimico-fisica della molecola del DNA, oppure alle circostanze con cui il campione da esaminare è stato raccolto. A cui si aggiungono le "problematiche forensi" connesse alla degradazione del DNA (ad esempio, nel caso in cui il reperto sia stato esposto a fonti esogene, come di calore, in grado di deteriorarlo), ovvero allo scarso contenuto di DNA della traccia biologica (come avviene nel caso del c.d. *touch DNA*) o, da ultimo, alla circostanza delle cosiddette "tracce miste". Cfr., sul punto, A. Cicognani, S. Pelotti, M. Fallani, *Medicina legale*, cit., 336 ss.

<sup>60</sup> Sui profili legati ai rischi di contaminazione, ovvero ai possibili errori nel processamento in laboratorio, che possono in seguito tradursi sul piano penale-processuale in eventi dalle conseguenze in grado di causare ingiustizie, già le osservazioni di R. Orlandi, *Il problema delle indagini genetiche nel processo penale*, in *Quad. Camerti* 1992, 3, 418 ss.

<sup>61</sup> Tanto nell'eventualità in cui si addivenga a una vera e propria "incompatibilità", quanto in quella nella quale si pervenga a un risultato inconclusivo (si vedano A. Cicognani, S. Pelotti, M. Fallani, *Medicina legale*, cit., 331 s.).

profili non ci sia compatibilità, il giudizio sarà quello di esclusione di derivazione della traccia da quel particolare individuo.

È in questo “spazio” che sembra farsi largo l’innovativo strumento di analisi del *Forensic DNA Phenotyping* (FDP). Nello specifico, come si è anticipato, tale espressione si rivolge alla possibilità di desumere, a livello probabilistico (ossia mediante inferenze), talune caratteristiche del soggetto a cui appartiene la traccia biologica analizzata<sup>62</sup>. Già ripercorrendo le vicende investigative del “Baton Rouge Serial Killer” e dell’“Operation Minstead” si è avuto modo di evidenziare come una peculiare applicazione dell’analisi in parola consenta di rilevare dati relativi all’origine etno-geografica di un individuo; tuttavia, le potenzialità dell’analisi, oggi, consentono di addivenire a una rosa di informazioni molto più articolata. In particolare, è possibile ricostruire: (a) i caratteri esteriori di una persona (*externally visible characteristics*, EVCs) afferenti, quindi, alla sua “apparenza” (*appearance prediction*), (b) come già noto, la sua “ancestralità biogeografica”<sup>63</sup> (*biogeographical ancestry*, BGA) e, infine, (c) l’età (*age estimation*)<sup>64</sup>.

In altre parole, mediante la fenotipizzazione, a seconda della specifica tecnica di analisi impiegata, è possibile determinare, a livello probabilistico (*probabilistic inference*), gli appena richiamati connotati, che vanno dall’origine etno-geografica a veri e propri tratti fisici<sup>65</sup>. L’analisi è condotta attraverso uno studio dei fenotipi che si ricavano a partire da una traccia di DNA, considerando i marcatori genetici SNPs (i polimorfismi a singolo nucleotide, detti anche “SNPs”), e non gli STRs (*short tandem repeats*, oggetto del tradizionale esame di *DNA profiling*)<sup>66</sup>. Si presenta, quindi, come uno strumento di indagine potenzialmente utile nelle vicende nelle quali gli autori sono sconosciuti<sup>67</sup> e in cui non sarebbe possibile addivenire, sin da subito, alla loro identificazione mediante il cosiddetto *DNA-profiling*, vista l’assenza di un “campione di riferimento” con cui operare il cosiddetto *comparative matching*<sup>68</sup>.

Non solo, per completezza, occorre precisare che il *Forensic DNA Phenotyping* potrebbe altresì avere una sfera di impiego ben più ampia di quella sinora esaminata con riferimento all’ambito investigativo. Si pensi, ad esempio, alla funzione che possono avere le ricostruzioni di tali

<sup>62</sup> Per tutti G. Samuel, B. Prainsack, *Shifting Ethical Boundaries in Forensic Use of DNA*, cit., 155 ss. (spec. 157 s.).

<sup>63</sup> Come evidenziano M. Kayeser, P.M. Schneider, *DNA-Based Predictions of Human Externally visible Characteristics in Forensic: Motivations, Scientific Challenges, and Ethical Considerations*, in *Forensic Sci. Int. Genet.* 2009, 3, 154 ss., infatti, l’impiego del *profiling* ha il limite intrinseco di necessitare di più di un profilo da comparare: laddove i profili non possano essere confrontati, oppure non esista, più in generale, un termine di raffronto, è la stessa fase comparativa dell’esame che non potrà aver luogo. Si vedano altresì M. Coquet, N. Terrado-Ortuño, *Forensic DNA phenotyping: privacy breach, bias reification*, cit., 262-279.

<sup>64</sup> Si vedano, sul punto, M. Kayser, W. Branichi, W. Parson, C. Philips, *Recent advances in Forensic DNA Phenotyping of appearance, ancestry and age*, in *Forensic Sci. Int. Genet.* 2023, 65, 1 ss.; M. Wienroth, *Governing anticipatory technologies practices*, cit., 138.

<sup>65</sup> A. M'charek, R. Hagendijk, W. de Vries, *Equal before the law: on the machinery of sameness in forensic DNA practice*, in *Sci. Technol. Hum. Values* 2013, 38(4), 542 ss.

<sup>66</sup> In altri termini, considerato che, in materia di regolamentazione dei dati impiegati per il *test* del DNA tradizionale, i rischi per la *privacy* sono intrinsecamente limitati dal fatto che l’esame ha ad oggetto aree non codificate del DNA, si comprende perché, al contrario, questi siano paventati con riferimento all’esame di fenotipizzazione, posto che vengono considerati marcatori in grado di fornire dettagli su un soggetto che vanno oltre a quelli relativi in senso stretto alla sua identificazione.

<sup>67</sup> Si ritiene utile precisare, infatti, che nei casi di soggetti noti, il ricorso all’anzidetta tecnica di analisi non troverebbe ragion d’essere, essendo piuttosto più facile immaginare che abbia senso impiegare il classico “*profiling*”, al fine di identificare il soggetto sospettato (E. Murphy, *Legal and Ethical Issues in Forensic DNA Phenotyping*, cit., 8).

<sup>68</sup> Negli Stati Uniti, vi sono aziende che offrono queste analisi anche a fini investigativi (O.M. Tuazon et al., *Law enforcement use of genetic genealogy databases*, cit., 5). Sul punto, C. Arnold, *Crimefighting with family trees*, in *Nature* 2020, 585, 178 ss.

caratteristiche nei casi di ricerca di persone scomparse, ovvero nelle ipotesi nelle quali a essere sconosciuta è l'identità delle vittime di reati (come nei disastri su larga scala)<sup>69</sup>.

D'altro canto, anche se si adotta una prospettiva più generale, il ricorso a metodi scientifici allo scopo di dirimere questioni di interesse giuridico di diversa natura, e non esclusivamente riferite all'ambito penale, può dirsi oggetto di un *trend* che si è stratificato nel tempo che, nel complesso, va anche oltre a quello oggetto della presente riflessione. Invero, già con riguardo alla tradizionale analisi del *DNA profiling*, può ricordarsi, ad esempio, che, sul piano civilistico, è uno strumento fondamentale nelle indagini sulla paternità (il cosiddetto *test* di paternità). Inoltre, questa può altresì essere strumentale all'identificazione delle persone scomparse (chiaramente a condizione che esista un profilo di confronto)<sup>70</sup>, oppure, ancora, si pensi, nel settore del diritto dell'immigrazione, all'impiego di tale indagine ai fini del ricongiungimento familiare<sup>71</sup>.

Tornando alla comparazione tra le due tecniche di analisi del DNA, un altro punto di differenziazione tra i due esami attiene all'oggetto e, di conseguenza, al tipo di dato analizzato. Nello specifico, si ricorda che il *profiling* si rivolge ai marcatori (STR *markers*) ricavati dall'esame delle cosiddette *non-coding regions* del DNA (le zone "non codificate" del DNA dette anche *uninformative regions of the human genome*<sup>72</sup>), le quali non sono in grado di rivelare informazioni né sulle patologie né tantomeno sulle caratteristiche esteriori di un individuo, limitandosi, di fatto, a fornire quelle che consentono di pervenire a un'eventuale identificazione all'esito del *match*. All'opposto, il FDP, come si è detto, può arrivare a determinare sia informazioni afferenti all'etnia (*id est*: "ancestralità biogeografica") di un soggetto sia i caratteri esteriori dell'individuo, e lo fa partendo dall'esame anche delle cosiddette aree codificate del DNA (*id est*: *coding regions*): suscettibili, per definizione, di disvelare altresì informazioni sensibili di un soggetto (come quelle afferenti alla salute ovvero alla personalità di un individuo). Si comprende, quindi, perché anche nel dibattito prettamente scientifico sia ampiamente discussa l'opportunità che simili analisi facciano il loro ingresso nell'ambito del procedimento penale.

Il dato non è di poco conto. A livello europeo, la gran parte delle normative che hanno ad oggetto la raccolta e l'uso del DNA in ambito forense – compreso il caso italiano – afferiscono esclusivamente a dati che derivano dall'analisi di regioni non codificate; i quali, pertanto, sono inidonei a rivelare le richiamate informazioni sensibili, in quanto si limitano a concernere quelle riferite alle sequenze considerate che, come si sottolineava, sono sostanzialmente funzionali in via esclusiva a consentire il processo di identificazione<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Si vedano le considerazioni di M. Kayser, W. Branichi, W. Parson, C. Philips, *Recent advances in Forensic DNA Phenotyping of appearance, ancestry and age*, cit., 1 ss. Assumendo una prospettiva ancora più trasversale, la tecnica in questione può trovare impiego in ambiti estremamente diversificati. Invero, è possibile che il *test* sia effettuato anche su campioni di DNA di soggetti conosciuti, come avviene ad esempio in ambito sanitario per ottenere informazioni afferenti alla salute, alle patologie di un soggetto ovvero ad analisi comportamentali, oppure nell'ambito della ricerca. Si pensi che, inoltre, nella realtà statunitense, il confronto con la materia in oggetto ha riguardato anche la questione dell'uso di tali dati da parte delle società che si occupano di sviluppare tecnologie in materia di riconoscimento facciale (*photofit face recognition technologies*) a partire dalle informazioni ricavate dagli esami di fenotipizzazione.

<sup>70</sup> Cfr. E. Pilli, *Il ruolo dell'antropologo forense nei casi di persone scomparse*, cit., 9 s. e S. Deplano, *Il campione biologico di unidentified person. Profili di sistema*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto* 2022, 1, 45 ss.

<sup>71</sup> Di recente, M. de Angelis, *L'utilizzo discriminatorio del test del DNA nella procedura di ricongiungimento familiare*, in *RIML* 2021, 1, 316 ss., nota a T. Roma, 30.9.2020.

<sup>72</sup> H. Machado, R. Granja, *Genetic surveillance and crime control. Social, cultural, and political perspectives*, cit., 123. Cfr. Nuffield Council on Bioethics, *Public health: ethical issues*, Londra 2007.

<sup>73</sup> In dottrina, si è rilevato che il riferimento alla possibilità di archiviare solo dati estratti dall'analisi di regioni non codificanti potrebbe essere indicativo della volontà di evitare che simili tecniche si affermino nel panorama nazionale (F. Sanvitale, *Quello che il legislatore non dice in tema di prova genetica*, cit., 35). Tuttavia, l'Autore

Nel complesso, quindi, il FDP si presenta come una tecnica che dista, sia per le finalità che per il tipo di analisi, da quella tradizionale di analisi del DNA. L'impiego della fenotipizzazione piuttosto che essere uno strumento idoneo a "costruire una prova" (ossia ad avere un ruolo di *confirmatory evidence*) trova spazio prevalentemente in sede investigativa, quale "generatore di informazioni per le indagini", le quali sono derivanti dalla predizione delle caratteristiche di un soggetto sconosciuto<sup>74</sup>. L'analisi in parola, quindi, può essere considerata come un ausilio per definire una "rosa" dei sospettati, verificare la validità delle testimonianze oculari e orientare l'investigazione.

I più recenti sviluppi in materia di predizione delle *externally visible characteristics* (EVCs), tuttavia, fanno sì che aleggi l'idea, incrementata anche a livello mediatico, che la tecnica in esame potrebbe condurre addirittura a una sorta di *identikit* del possibile autore. Una lettura di questo tipo, è bene precisarlo, in primo luogo, dimentica che si tratta in ogni caso di un'analisi che per definizione è di tipo probabilistico: tale presupposto, come ribadito dagli esperti, spesso sfugge da una simile narrazione, talvolta sostenuta anche da alcuni servizi commerciali in materia, offerti da privati<sup>75</sup>. Un esempio in tal senso è certamente quello offerto dall'azienda

---

evidenzia come da ciò non deriva che simili dati non possano invece fare ingresso in banche dati non di natura forense come quelle c.d. "ricreative". Inoltre, la fenotipizzazione può avere ad oggetto anche regioni non codificate. Dall'altro lato, poi, la legislazione italiana presenta un solo divieto che potrebbe essere rilevante, ossia quello di cui all'art. 11, co. 3, l. n. 85 del 2009, avente ad oggetto l'analisi delle sequenze del DNA che consentono «la identificazione delle patologie da cui può essere affetto l'interessato» (V. Marchese, L. Caenazzo, D. Rodriguez, *Banca dati nazionale del DNA: bilanciamento tra diritti individuali e sicurezza pubblica nella legge 30 giugno 2009, n. 85*, in *RIDPP* 2013, 1884). Si tratta comunque di una disposizione sempre relativa all'ingresso dei dati nella banca dati nazionale, a cui non può invece essere attribuita una valenza generale. Limitando in questa sede la riflessione sulla archiviazione dei dati, sembrerebbe quindi che, in una prospettiva *de jure condendo*, qualora si intenda intervenire sul punto, occorrerà riflettere in modo specifico e puntuale anche sulla materia della raccolta e archiviazione dei dati oggetto delle analisi di fenotipizzazione del DNA, che dovrebbe ricadere in una disciplina specifica e diversa rispetto a quella già nota.

Non può infatti ritenersi che la regolamentazione, quasi universalmente presente, che afferisce alle banche dati del DNA, possa trovare un'estensione automatica atteso che, qualora si partisse dall'analisi delle regioni codificanti, a mutare è l'oggetto materiale da cui si estrae il dato che verrebbe a essere archiviato. Infatti, si ribadisce, diversamente dal *profiling*, che afferisce all'esame di zone non codificate del DNA – che pertanto rivelano niente quanto alle caratteristiche personali del soggetto – questo tipo di analisi può concernere le cosiddette *coding regions*. Posta a monte una simile differenziazione, mentre i profili raccolti nelle banche dati del DNA sono largamente impiegati, anche in termini di cooperazione investigativa transnazionale, il quadro comparato attesta che l'uso e la *governance* delle nuove frontiere di *forensic genetic technologies* sono raramente oggetto di un'armonizzazione normativa. Il che risulta essere particolarmente problematico se si considera che dall'espansione del novero delle informazioni genetiche considerabili – le quali, poi, potrebbero essere destinate alla conservazione – si amplia ciò che rientra nell'ambito della *genetic surveillance* e nella specie, come si approfondirà, aumentano i rischi di discriminazione e stigmatizzazione, derivanti dalla lesione della dignità e delle prerogative fondamentali di un singolo individuo oppure, addirittura, di una cerchia familiare, se non di un intero gruppo di soggetti o di una comunità nel suo complesso (*infra*, § 3). Cfr. M. Wienroth, *Governing anticipatory technologies practices*, cit., 140 e, più di recente, H. Machado, R. Granja, *Genetic surveillance and crime control. Social, cultural, and political perspectives*, cit., 124.

<sup>74</sup> Come sottolineato ancora una volta da H. Machado, R. Granja, *Genetic surveillance and crime control. Social, cultural, and political perspectives*, cit., 129 (lett.: «By making an inference about the population group(s) which the alleged suspect belongs to, FDP is portrayed by forensic geneticists in this study as a technology that produces information which can guide the criminal investigation in a certain direction, thereby reducing the potential pool of suspects, and becoming an investigative, rather than probative, technology»); cfr. anche G. Samuel, B. Prainsack, *The regulatory landscape of forensic DNA phenotyping in Europe*, cit., 12, nonché P.M. Schneider, B. Prainsack, M. Kayser, *The Use of Forensic DNA Phenotyping*, cit., 873 ss. (spec. 875) che qualificano il FDP come un «investigative tool» e non, diversamente, nei termini di «instrument to identify a specific person».

<sup>75</sup> Sul punto si vedano altresì i riferimenti presenti in E. Murphy, *Forensic DNA Typing*, in *Ann. Rev. Criminology* 2018, 509 ss. e, già in precedenza, in Id., *Inside the Cell: The Dark Side of Forensic DNA*, New York 2015.

nordamericana *Parabon NanoLabs*, denominato “Snapshot”<sup>76</sup>, che si ripromette di individuare, mediante analisi di fenotipizzazione del DNA, un vero e proprio “rendering” degli individui, il quale risulterebbe essere comprensivo anche della morfologia facciale. Tuttavia, è bene precisare che tali ricostruzioni (almeno per il momento) sono ben lungi dall’essere in grado di definire in modo attendibile l’esatta fisionomia del viso di una persona: gli studiosi, infatti, affermano che ancora le ricerche scientifiche sul punto sono a uno stadio iniziale e non possono ritenersi sufficientemente attendibili<sup>77</sup>. Nonostante ciò, si pensi che, nel 2021, la società *Corsight AI*<sup>78</sup> ha annunciato di star lavorando a una tecnologia (c.d. “DNA to Face”) che si propone la finalità di condurre alla ricostruzione del volto di un soggetto, a partire dal suo DNA, il quale potrebbe poi essere impiegato nell’ambito dei programmi di intelligenza artificiale che operano in materia di riconoscimento facciale<sup>79</sup>. Da un simile incontro i profili

<sup>76</sup> Si veda il sito ufficiale della società: <https://snapshot.parabon-nanolabs.com>. Sul punto, nello specifico, A. Durkin, *Estimating a face*, cit., 1265 s.

<sup>77</sup> In argomento, H. Machado, R. Granja, *Genetic surveillance and crime control. Social, cultural, and political perspectives*, cit., 132 e A. Durkin, *Estimating a face*, cit., 1265 s.

<sup>78</sup> V. A. Durkin, *Estimating a face*, op. loc. ult. cit. Si tratta di una diramazione della società israeliana “Cortica”, che opera nel settore dell’intelligenza artificiale (cfr. il sito ufficiale <https://www.corsight.ai>). Relativamente al summenzionato progetto, si veda T. Ryan-Mosley, *This company says it’s developing a system that can recognize your face from just your DNA*, in *Mit Technology Review*, 31.1.2022. Invero, da più parti, sono stati sottolineati i cosiddetti *racial biases* che possono afferire all’impiego, in fase investigativa, delle tecnologie di riconoscimento facciale (TRF); v. G. Mobilio, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Napoli 2021, spec. 104 ss. e, per una riflessione, a stampo più generale, D. Nozza, *Gli algoritmi hanno pregiudizi? Le conseguenze dell’intelligenza artificiale*, in *La democrazia della società digitale. Tensioni e opportunità. Atti del Convegno 3 dicembre 2021, Università di Milano-Bicocca*, a cura di E. Carpegna Brivio e A. Sancino, Torino 2023, 33 ss. In dottrina, sui profili problematici connessi all’impiego delle tecnologie di riconoscimento facciale, si vedano M. Colarcuci, *Riconoscimento facciale e rischi per i diritti fondamentali alla luce delle dinamiche di relazione tra poteri pubblici, imprese e cittadini*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12.9.2022 e nonché E. Sacchetto, *Face to face: il complesso rapporto tra automated facial recognition technology e processo penale*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 16.10.2020, oltre all’appena richiamata opera monografica di G. Mobilio, *Tecnologie di riconoscimento facciale*, cit., passim. Più di recente, L. Camaldo, *Intelligenza artificiale e investigazione penale predittiva* e V. Vasta, *Diritto dell’Unione europea e intelligenza artificiale. Riflessi sul procedimento penale*, entrambi in *RIDPP* 2024, 1, rispettivamente alle pagine: 233 ss. e 271 ss. Per una riflessione a stampo processual-penalistico v. M. Torre, *Intelligenza artificiale e indagini penali: prospettive future e garanzie di sistema. Il sistema automatico di riconoscimento di immagini*, in *Cybercrime<sup>2</sup>*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Milano 2023, 1742 ss. (spec. 1744-1753 dedicate al riconoscimento facciale – *id est*: i software di riconoscimento di immagini, dove l’A. riflette anche sulle problematiche connesse al riconoscimento di tali strumenti come mezzi di prova atipici ex art. 189 Cpp). Sia consentito, inoltre, un richiamo all’approfondita riflessione di V. Manes, *L’oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e democrazia*, in *disCrimen*, 15.5.2020, 1 ss. (spec. 6 s., afferenti, nello specifico, ai nodi problematici connessi all’interazione tra AI e fase investigativa), che si richiama anche per le considerazioni in punto di polizia predittiva, nelle quali emergono i profili critici della materia. Su quest’ultimo argomento, senza presunzione di completezza e anche per ulteriori riferimenti alla letteratura rilevante, si vedano: F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *DPU*, 29.9.2019, 1 ss. (spec. 8 ss.); G. Uberty, *Intelligenza artificiale e giustizia predittiva*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 16.10.2023; E. Pietrocarlo, *Predictive policing: criticità e prospettive dei sistemi di identificazione dei potenziali criminali*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 28.9.2023; C. Burchard, *L’intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *RIDPP* 2019, 1, 1908 ss.; S. Quattrococo, *Quesiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs rischi e paure della giustizia digitale “predittiva”*, in *CP* 2019, 4, 1748 ss.

<sup>79</sup> Per alcuni approfondimenti, L. Camaldo, *Intelligenza artificiale e investigazione penale predittiva*, cit., 246 ss.; G. Mobilio, *L’uso delle tecnologie di riconoscimento facciale da parte delle forze dell’ordine: bandire o non bandire?*, in *La democrazia della società digitale. Tensioni e opportunità*, cit., 1 ss. Ci si limita ad accennare al fatto che è entrato in vigore l’*AI Act*, nel quale l’Unione europea ha seguito l’approccio alla materia basato sul rischio, postulando una regolamentazione che opera in modo diverso a seconda che l’impiego delle tecnologie di intelligenza artificiale sia “a rischi inaccettabili”, “a rischi elevati”, e “a rischi bassi o minimi” (si rileva, nello specifico, che le TRF *Real-time* ricadrebbero nel primo contenitore, tuttavia, al divieto vengono accompagnate



di rischio dell'una verrebbero a essere esacerbati dal ricorso all'altra<sup>80</sup>, il cui impiego in ambito penale, come noto, è portatore di numerose problematiche sul fronte dei pericoli per i diritti fondamentali della persona<sup>81</sup>.

Nel panorama internazionale, inoltre, alcuni Autori sono arrivati a tratteggiare una vera e propria equiparazione tra la tecnica in esame e la testimonianza "classica"<sup>82</sup>, rilevando, quindi, che, nel complesso, l'approccio alla materia non dovrebbe incontrare particolari ostacoli perché potrebbe essere assimilato a quello già conosciuto dagli ordinamenti. Si tratta, tuttavia, di una soluzione che non appare condivisibile in quanto l'analisi fenotipica, in sé, come si è in parte già evidenziato, può arrivare a fornire informazioni che vanno ben oltre a quelle che afferiscono ai tratti esteriori di un soggetto (potendo essere anche estremamente sensibili, come quelle relative alla salute di una persona) e, in ogni caso, si tratta di una testimonianza che, riprendendo un'efficace espressione recentemente impiegata in dottrina, finirebbe con l'essere «costante e onnipresente»<sup>83</sup>. Invero, questa dipenderebbe esclusivamente dal rinvenimento di un campione biologico, "lasciato" da un soggetto in un determinato luogo.

3. Nella letteratura scientifica si rinviene una pluralità di voci che sottolineano come le informazioni ricavabili dalla fenotipizzazione, specie se si pensa alle inferenze sull'origine etno-geografica o a quelle relative al colore della pelle, siano portatrici del pericolo intrinseco che si arrivi a operare – seppur impropriamente – una sorta di "trascrizione genetica della razza", atteso che le nozioni di "razza" o "etnia" potrebbero essere tradotte in "caratteristiche biologiche" di un determinato soggetto o di un gruppo di individui (e viceversa)<sup>84</sup>. Invero, la

---

una serie di eccezioni). Sul punto, si vedano: G. Barone, *Artificial Intelligence Act: un primo sguardo al regolamento che verrà*, in *CP* 2024, 3, 1047 ss.; V. Vasta, *Diritto dell'Unione europea e intelligenza artificiale*, cit., 271 ss. In prospettiva comparata, V. Villanueva Collao, *Navigating the Transatlantic AI Landscape: The EU Artificial Intelligence Act and its Ripple Effect on the US*, in *MediaLaws* 2024, 1, 153 ss.

<sup>80</sup> Non è l'unico settore in cui si evidenziano possibili effetti discriminatori derivanti dall'interazione tra Intelligenza Artificiale e nuove frontiere medico-scientifiche. Si vedano, ad esempio, i rilievi di L. d'Avack, *Intelligenza artificiale e diritto: problematiche etiche e giuridiche*, in *DFP* 2023, 4, 1710 ss. Nello specifico, (ivi, 1711 s.) l'Autore, guardando alla possibile combinazione tra AI e scoperte neuroscientifiche, rileva che «[...] le potenzialità di penetrazione della tecnica — nell'ambito della interazione tra IA e neuroscienze e neurotecnologie — nella sfera più intima del soggetto, quella del pensiero e dei suoi correlati neuronali, solleva interrogativi di natura etica e giuridica su come proteggere questi dati così sensibili, anche dai rischi di una circolazione potenzialmente discriminante».

<sup>81</sup> A titolo di esempio, si pensi alla – già articolata – letteratura che, confrontandosi con il tema del riconoscimento facciale e dati biometrici, evidenzia i profili di rischio collegati allo sviluppo di sistemi di sorveglianza diffusa (implementati, in particolare, dai ricorso all'intelligenza artificiale); v. A.G. Ferguson, *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race and the Future of Law Enforcement*, New York 2017.

<sup>82</sup> Per tutti, M. Kayser, *Forensic DNA Phenotyping*, cit., 45.

<sup>83</sup> F. Sanvitale, *Quello che il legislatore non dice in tema di prova genetica*, cit., 36 (anche per l'elencazione di altri punti di difformità tra testimonianza classica e risultati delle analisi di FDP). L'Autore, inoltre, adottando una prospettiva processualpenalistica, si sofferma sulla qualificazione dell'anzidetta tecnica tra i mezzi di ricerca della prova atipici (e di conseguenza sull'applicazione delle regole di ammissibilità di cui all'art. 189 Cpp). Per considerazioni conformi a quelle riportate nel testo in merito alle criticità afferenti all'equiparazione con la testimonianza cfr. altresì M. Coquet, N. Terrado-Ortuño, *Forensic DNA phenotyping: privacy breach, bias reification*, cit., 267.

<sup>84</sup> Come rilevato da N. Amelung, H. Machado, *Governing expectations of forensic innovations in society*, cit., 513: «By distinguishing a genetic concept from a cultural concept they aim to purify the prediction of biogeographic ancestry into "neutral", unbiased and apolitical technology which only becomes problematic if its use in criminal investigation meets ethnic discriminatory prejudices. With this separation, the authors distribute and delegate the accountability for discriminatory risks to other actors in criminal investigation translating analysis results into investigative leads». Si vedano altresì R. Hopman, A. M'charek, *Facing the unknown suspect: forensic DNA phenotyping and the oscillation between the individual and the collective*, cit., 438 ss.; V. Toom et al., *Approaching ethical, legal and social issues of emerging forensic DNA phenotyping (FDP) technologies*

consapevolezza di tali rischi degenerativi ha spinto gli stessi esperti a rigettare l'uso di simili espressioni, prediligendo, come noto, quella di *biogeographical ancestry* (BGA), anche al fine di creare una cesura con qualsivoglia connotazione sociale e politica<sup>85</sup>. Un tentativo che però finisce con l'essere un argine solamente illusorio, posto che non è possibile a monte svincolare i concetti evocativi della “razza” o “etnia”<sup>86</sup> dai costrutti storico-sociali e culturali che ne fanno da fondamento, rischiando, all'opposto, di far maturare l'idea – certamente da rigettare – che possa esistere un qualsivoglia fondamento genetico di tali categorizzazioni<sup>87</sup>.

Al di là delle terminologie a cui si fa ricorso nel contesto della ricerca genetica, ad avviso di chi scrive, è afferrabile la china scivolosa alla quale conduce il richiamato “contro-effetto” se correlato, nello specifico, all'impiego di analisi afferenti all'origine etno-geografica di un soggetto in ambito investigativo. Si paventa, infatti, il pericolo di rafforzare, nel corso dell'uso dei risultati dell'analisi a fini di indirizzo delle indagini, i *biases* nei riguardi di particolari gruppi della popolazione, con effetti stigmatizzanti e discriminatori a loro danno<sup>88</sup>; e se, ancor di più, questo finisse col divenire, a monte, uno strumento a supporto di determinate scelte di politica criminale, è tangibile il rischio che si percorra un crinale che conduce a precipitare verso l'amplificazione di conseguenze pregiudizievoli ai danni di specifici insiemi di persone (in particolare, le minoranze)<sup>89</sup>. In altri termini, a essere potenzialmente stigmatizzanti non

---

*comprehensively: reply to 'Forensic DNA phenotyping: predicting human appearance from crime scene material for investigative purposes' by Manfred Kayser, in Forensic Sci. Int. Genet. 2016, 22, e1–e4; A. Durkin, Estimating a face, cit., 1261 ss. (spec. nt. 94), posto a monte che ogni singola persona geneticamente è caratterizzata per una genetic admixture, è chiaro che se gli admixture studies (gli studi in materia di “mescolanza”) sono a loro volta influenzati da nozioni, socialmente costruite, come quelle di “razza” e “etnicità”, il rischio a cui si può addivenire è quello di dare fondamento all'idea – assolutamente da rigettare – che la razza possa avere un fondamento genetico. Per alcuni approfondimenti, forieri di approcci diversi, T. Duster, Race and reification, in Science 2005, 307, 1050 ss.; G. Samuel, B. Prainsack, Societal, ethical, and regulatory dimensions of forensic DNA phenotyping, cit., 35-49.*

<sup>85</sup> Per tutti, P.M. Schneider, B. Prainsack, M. Kayser, *The Use of Forensic DNA Phenotyping*, cit., 877 s., i quali precisano che il concetto di “ancestralità biogeografica” deriverebbe la sua oggettività dal fatto che si limita a rievocare, come si è già precisato, le origini geografiche di un soggetto (o, per meglio dire, dei suoi antenati).

<sup>86</sup> Sul punto le osservazioni di L. Gannet, *Biogeographical ancestry and race*, cit., 174. L'Autrice (*ivi*, 176), peraltro, evidenzia come, a ben vedere, anche ricorrendo all'espressione *biogeographical ancestry* (BGA) non sia possibile rifuggire dalle «social and political connotations of race and ethnicity» in quanto si tratta in ogni caso di «a construction that is built upon race as race has been socially constructed» (tanto nell'area europea, quanto in quella statunitense). Invero, a conclusione della sua riflessione, sottolinea che: «There were alternative choices. Scientists might have decided to avoid contributing to institutional racism by foregoing research on forensic DNA phenotyping entirely or delaying the implementation of such research. Or scientists might have entered the field of forensic DNA phenotyping by developing panels of SNPs that predict suspects' appearances without racialization, whether by investigating the genetic basis of traits not usually considered racial (e.g., height) or reconceiving differences in traits that tend to be considered racial (e.g., dark and light skin colour, straight and curly hair) as individual differences».

<sup>87</sup> Sia consentito ancora una volta il richiamo all'opera di H. Machado, R. Granja, *Genetic surveillance and crime control*, cit., *passim*. Le Autrici, peraltro, per far comprendere quanto la commistione tra conoscenze scientifiche e controllo della criminalità possa condurre a risultati fuorvianti, richiamano una vicenda, avvenuta negli Stati Uniti, tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso. A quel tempo il governo statunitense sottopose i neonati a degli *screening* di massa, in quanto si riteneva che i soggetti affetti dalla sindrome XY fossero maggiormente propensi al crimine. Nonostante tale asserzione sia stata largamente sconfessata, non si sono interrotti i tentativi di individuare dei fattori genetici che siano “indicativi” della “natura criminale” di un individuo.

<sup>88</sup> Come evidenziato in H. Machado, R. Granja, *Forensic Genetics in the Governance of Crime*, Singapore 2020, 85 si tratta del pericolo che «the application of DNA phenotyping and familial searching in the governance of crime holds the potential to increase risks of stigmatization and reinforce the criminalization of certain populations who are more vulnerable to the actions of the criminal justice system».

<sup>89</sup> Si tratta di un profilo rischio evidenziato anche da coloro che si pronunciano a favore dell'impiego forense dell'analisi in oggetto. Cfr. P.M. Schneider, B. Prainsack, M. Kayser, *The Use of Forensic DNA Phenotyping*, cit., 873 ss., i quali sostengono che, proprio in ragione di ciò, occorre che, a monte, vi siano, da un lato, una

sarebbero tanto i singoli risultati probabilistici in sé, ma l'impiego che di questi potrebbe essere effettuato<sup>90</sup>. Nella letteratura sociologica e criminologica a tal proposito si sottolinea che, qualora la raccolta di campioni da sottoporre alle analisi fosse indirizzata a quelle fasce della popolazione che già si trovano a vivere in una condizione di emarginazione, si avrebbero effetti esacerbanti sul fronte della diseguaglianza sociale<sup>91</sup>.

A titolo di esempio, si pensi che, nel 2022, l'*Edmonton Police Service* (Canada) ha pubblicato *online* un'immagine del volto di un sospettato di aggressione, ricostruita a partire dalle risultanze dell'analisi di fenotipizzazione effettuata su un campione di DNA rivenuto sulla scena del crimine. L'immagine raffigurava un uomo dagli occhi, dalla carnagione e dai capelli scuri, e, inoltre, a essa si accompagnavano le percentuali afferenti alla sua origine biogeografica (individuata come est-africana). Quasi nell'immediatezza della pubblicazione, la polizia canadese si è trovata costretta a rimuoverla prontamente dalla propria pagina *online* e, nel farlo, ha evidenziato che nel momento della condivisione sul *web* non erano stati compiutamente considerati i controeffetti sociali, che da questa sarebbero derivati, ai danni tutta la comunità afroamericana della città di Edmonton<sup>92</sup>: l'immagine ricostruita, infatti, aveva in sostanza “reso potenziali sospettati” diversi individui che presentavano le caratteristiche estetiche raffigurate. Cinque anni prima, un evento analogo ha interessato il Dipartimento di Polizia della città di New York (*New York City Police Department*, NYPD). L'esito del *Forensic DNA Phenotyping* aveva condotto gli inquirenti a indirizzare le loro ricerche, in un caso di omicidio, verso un soggetto di sesso maschile di origini africane e, nei fatti, da ciò era scaturito che si procedesse a un *mass screening* coinvolgente circa trecentosessanta membri della comunità di colore e latina della città<sup>93</sup>.

---

regolamentazione che guidi il suo uso da parte delle forze dell'ordine, in modo da garantire il rispetto dei canoni di proporzionalità e trasparenza, e, dall'altro, un'adeguata formazione degli esperti e delle autorità che operano nel settore investigativo.

<sup>90</sup> Un dato rilevato dagli stessi professionisti della genetica forense, tra i quali non mancano coloro che evidenziano quanto sottolineato. In particolare, come si evince da alcune interviste sul punto, i genetisti, che si rapportano ottimisticamente all'impiego della tecnica di esame in ambito investigativo, rivelano come proprio la “neutralità” dell'approccio scientifico lo renderebbe preferibile all'affidarsi a una narrazione umana e testimoniale di un avvenimento e, in particolare, di un presunto autore. Alcuni arrivano a evidenziare che mentre un testimone oculare, nella narrazione della sua verità storica, potrebbe essere influenzato sia dalla propria emotività, che da retaggi culturali e pregiudizi, l'approccio tecnico-scientifico avrebbe una intrinseca maggiore oggettività, in quanto immune ai pregiudizi sociali (H. Machado, R. Granja, *Genetic surveillance and crime control. Social, cultural, and political perspectives*, cit., 132 s.; sul punto anche D. Skinner, *Race, racism and identification in the Era of Technosecurity*, in *Science as Culture* 2018, 29(1), 77-99; G. Samuel, B. Prainsack, *Societal, ethical, and regulatory dimensions of forensic DNA phenotyping*, cit., 25).

<sup>91</sup> Sia consentito il rinvio al recente volume a cura di F. Curi ed E. Valentini, *Diseguaglianze e penalità*, Pisa 2024. Tra in contributi si segnalano in particolare, la ricostruzione relativa ai riflessi “nel” e “a partire dal” diritto penale sostanziale sulla tematica della diseguaglianza di A. Cavaliere, *Qualche considerazione sul tema “diseguaglianze e penalità”*, 49 ss. e di A. Sbraccia, *Disuguaglianze e penalità: per una lettura delle ambivalenze*, 35 ss., dove la questione è affrontata da un punto di vista socio-criminologico. Cfr. altresì L. Re, *Criminalità e criminalizzazione: selettività sociale, discriminazione razziale, diseguaglianza di genere*, in *Devianza e questione criminale. Temi, problemi e prospettive*, a cura di T. Pitch, Roma 2022, 45 ss. e A. Cavaliere, *Punire per ottenere ‘sicurezza’: corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 20.4.2021.

<sup>92</sup> Richiama i fatti A. Durkin, *Estimating a face*, cit., 1244; 1276 s. V. altresì, per la notizia riportata dalla stampa e dai media, la *breaking news* sul sito della Canadian Broadcasting Corporation (CBC), *Advocates Urge Edmonton Police to Stop Using DNA Phenotyping Technology*, CBC, 20.10.2022; nonché sulla stessa pagina *online* l'articolo di T. Lambert, *DNA-Assisted Mug Shots in Law Enforcement Are Based on Dubious Science. So Why Would Edmonton Police Use Them?*, CBC, 7.10.2022.

<sup>93</sup> J. Ransom, A. Southall, *‘Race-Biased Dragnet’: DNA from 360 Black Men Was Collected to Solve Vetrano Murder, Defense Lawyers Say*, in *New York Times*, 31.3.2019. Il tutto, peraltro, è avvenuto nel silenzio della legge e in assenza di una supervisione statale sul ricorso alla tecnica in esame nel contesto investigativo. Invero, la

In altri termini, parafrasando Jasanoff, l'assunto per cui esista un'incontestabile neutralità politica ed etica connessa alla natura dei mezzi, nella realtà, è destinato a cadere<sup>94</sup>. Come di recente osservato la cosiddetta *genetic surveillance* può condurre a un'implementazione della "fabbrica del sospetto" che può divenire oggetto di una vera e propria "politica di sorveglianza"<sup>95</sup>.

Anche con riferimento alle richiamate indagini relative alla "Operation Minstead", di recente si è evidenziato come si sia assistito a una sorta di «molecular racialization and de-individualization». Le due espressioni rimandano al rischio che si creino pregiudizi razziali a partire da dati genetico-scientifici, da un lato, e che si arrivi a "targettizzare" (e, quindi, discriminare) un intero gruppo della popolazione, dall'altro. Per comprendere meglio la *ratio* che sorregge simili considerazioni, può richiamarsi l'analisi, a stampo sociologico, proposta da Amade M'charek<sup>96</sup>. L'Autrice, in particolare evidenzia come, nell'ambito della nota inchiesta inglese, l'analisi abbia assunto il ruolo di *technology of inclusion*. Invero, il sospettato è stato "identificato" – il virgolettato è impiegato in quanto si deve comunque ricordare il fatto che, trattandosi di inferenze che sono ben lungi dal definire con certezza l'"ancestralità biogeografica" di un individuo, queste parlano sempre in termini di probabilità – come un soggetto appartenente a un determinato gruppo della popolazione.

Si ha a che fare quindi, merita ribadirlo, con risultati dal valore estremamente differente da ciò che si ottiene attraverso la tradizionale identificazione a mezzo di una comparazione di profili di DNA, che disvelano diversità anche in punto di effetti. Nel primo caso, quindi, dinnanzi a una corrispondenza si ha l'effetto di "separare" il soggetto-autore dal resto della popolazione. All'opposto il *DNA Phenotyping* colloca quello che diventa un "racialized suspect" all'interno di uno specifico *target* della popolazione, con la conseguenza che l'intero gruppo di individui che condividono la stessa origine etnica del medesimo sia di fatto reso una "popolazione sospetta" («a whole population is made into a suspect population»<sup>97</sup>).

Non stupisce che, al di là degli effetti concreti sulla risoluzione delle vicende, uno dei profili di rischio paventati sin dalle prime applicazioni della fenotipizzazione al fine di determinare le origini etno-geografiche di un soggetto è stato il pericolo che questa potesse incrementare stereotipi e preconcetti razzisti nei confronti di determinati gruppi di persone<sup>98</sup>, con l'effetto di comportarne la stigmatizzazione e, di riflesso, ingenerare fenomeni di vittimizzazione a loro danno. Si rileva, infatti, il pericolo che, nei confronti di minoranze già oggetto di

---

polizia newyorkese si era rivolta – così come nel 2022 quella canadese – a una società privata. Si evidenzia che, ad oggi, l'accusato, inoltre, continua a sostenere la sua innocenza. Si veda R. Vertuccio, *Community Leaders Add More Pressure on Queens District Attorney to Reopen Murder Case Against Chanel Lewis*, in *Spectrum News NY1*, 13.7.2021. Negli Stati Uniti, inoltre, la riflessione sul punto si accompagna alla problematica connessa al fatto che dalla mancanza di regolamentazione può derivare che tali metodi di indagine possono essere impiegati senza alcuna autorizzazione giudiziaria a monte (A. Durkin, *Estimating a face*, cit., 1246). Non solo, anche quando esiste uno schema regolamentare, di fatto l'uso di determinati strumenti genetici può sfuggire al controllo statale. Nello specifico, si pensi che nel caso newyorkese, sebbene il Dipartimento della Salute dello Stato non avesse approvato l'applicazione del calcolo probabilistico sull'"ancestralità biogeografica", nel momento in cui la polizia lo ha impiegato, non ci sono state alcune ripercussioni per la compagnia privata che lo ha operato (la già richiamata *Parabon NanoLabs*).

<sup>94</sup> S. Jasanoff, *Foreword*, in *Genetic Suspects: Global Governance of Forensic DNA Profiling and Databasing*, a cura di R. Hindmarsh e B. Prainsack, Cambridge 2010, xix ss.

<sup>95</sup> Parafrasando quanto sottolineato da H. Machado, R. Granja, *Genetic surveillance and crime control. Social, cultural, and political perspectives*, cit., 6, laddove si osserva, letteralmente, che «the nature of genetic surveillance is [...] opening the path to extend the fabric of suspicion towards a prospective surveillance».

<sup>96</sup> A. M'charek, *Silent witness*, cit., *passim* e Id., *Contrasts and Comparisons: Three Practices of Forensic Investigation*, in *Comp. Sociol.* 2008, 7, 387-412.

<sup>97</sup> A. M'charek, *Contrasts and Comparisons*, cit., 402.

<sup>98</sup> B. St Louis, *Race as technology and the carceral methodologies of molecular racialization*, cit., 206-219.

discriminazioni nell'ambito della compagine sociale, potrebbe innescarsi un meccanismo in grado di aggravare le divisioni e, addirittura, ingenerarne delle nuove, specie se si operassero associazioni, ad esempio, tra l'appartenenza a una determinata etnia e specifici crimini<sup>99</sup>.

4. La riflessione in oggetto deve ora essere contestualizzata a partire dal rilievo per cui l'enfasi posta da coloro che guardano positivamente a un impiego del *DNA Phenotyping* in ambito forense, valorizzandone la funzione di ausilio alle indagini, muove dalla constatazione che il delineare un gruppo di sospettati, aiutando a circoscrivere le ricerche, potrebbe anche dispiegare effetti in punto di una maggior garanzia della pubblica sicurezza<sup>100</sup>. Invero, si pensi che, commentando la recente scelta del legislatore tedesco di regolamentare la materia, è stato evidenziato che la stessa può leggersi anche nei termini di un esempio della tendenza contemporanea di adottare *security policies* incentrate sul contrasto a minacce o pericoli futuri, che arrivano a giustificare tanto azioni a stampo preventivo quanto a favorire l'adozione di *oriented data-driven surveillance measures* riferite a specifici gruppi della popolazione (individuati in quanto qualificabili come "risk group")<sup>101</sup>.

Per approfondire il discorso, è quindi necessario rilevare, in via preliminare, il fatto che, nella cosiddetta società postmoderna, le scelte di politica criminale si sono trovate, in più di una occasione, a essere sorrette da impostazioni securitarie e populistiche. Orbene, si tratta ora di procedere guardando più da vicino il mutamento dei termini del rapporto tra sicurezza e libertà nell'ambito del ricorso al penale che ha caratterizzato gli ultimi decenni<sup>102</sup>, il quale ha comportato l'affermarsi di quello che in dottrina è stato efficacemente definito un «processo di militarizzazione»<sup>103</sup> del diritto penale rispetto a determinate categorie di criminalità, consacratosi in particolare dopo l'11 settembre del 2001<sup>104</sup>. Invero, se all'alba del XXI secolo, tale constatazione veniva effettuata muovendo dagli interventi orientati a "contrastare" il

<sup>99</sup> Più nel dettaglio, anche di recente, si è evidenziato come tali effetti discriminatori potrebbero operare a livelli diversi: sia in fase investigativa sia, successivamente, nella comunità (G. Samuel, B. Prainsack, *Shifting Ethical Boundaries*, cit., 161: «Discrimination could happen at a number of levels including police misinterpretations of FDP findings that could lead to racial profiling; if FDP findings are released to the public it could upset community and social relations; and in leading to reification of the belief of the biological basis of race, which might, in turn, deepen the social divide between different groups or individuals, and lead to discrimination»).

<sup>100</sup> In linea con quanto ora evidenziato, N. Amelung, E. Machado, *Governing expectations of forensic innovations in society*, cit. spec. 498 rilevano che: «FDP's overall promise is linked to the ability to narrow down groups of criminal suspects and thus improve criminal investigations and increase public security».

<sup>101</sup> *Ibidem*, (spec. 500 s.), dove si sottolinea, guardando al dibattito tedesco che ha accompagnato l'introduzione della normativa, che «the regional state law, as well as the federal law amendments oriented to enhance FDP technologies, were accompanied by the political rhetoric of security enhancement along with tremendous expectations about their availability, capabilities, accuracy, and efficiency». Cfr. i rilievi svolti con riferimento alle tecnologie digitali impiegate a fini di sorveglianza, in un'ottica "preventivo-predittiva", per cui si rinvia a G. Ziccardi, *Sorveglianza elettronica, data mining e trattamento indiscriminato delle informazioni dei cittadini tra esigenze di sicurezza e diritti di libertà*, in *Ragion pratica*, 2018, 1, 29 ss.

<sup>102</sup> Cfr. M. Pelissero, *Il diritto penale preventivo nell'epoca dell'insicurezza*, in *Ragion pratica*, 2018, 1, 79 ss. L'interazione tra diritto penale e sicurezza nell'attuale panorama penalistico sembra, infatti, aver oramai assunto sembianze estremamente diverse da quelle che la caratterizzavano alle origini dello Stato di diritto. Adottando una prospettiva storica, infatti, sin dalla modernità, sul versante esterno, la sicurezza poteva leggersi come sicurezza del territorio e, in quanto tale, strettamente connessa alla salvaguardia della sovranità statale, mentre, su quello interno, era ricollegata alla garanzia della stabilità istituzionale e della pacifica convivenza dei consociati; in seguito, con l'avvento del secolo della Ragione, è stata tradotta in una «pietra angolare del contrattualismo e dell'utilitarismo di matrice illuministica» divenendo un «interesse sociale costitutivo dello Stato laico e del penale secolarizzato» (F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, Napoli 2020, 92).

<sup>103</sup> F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *QuestG* 2006, 4, 679.

<sup>104</sup> Cfr. F. Muñoz Conde, *La relazione conflittuale tra politica criminale e diritto penale*, in [www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu), 6.12.2019 (trad. it. a cura di V. Mongillo).

“terrorista-nemico”<sup>105</sup>, progressivamente si è assistito a un ampliamento dei potenziali destinatari di politiche *funditus* ispirate da politiche securitarie, operato, innanzitutto, attraverso una «ricerca di *altri nemici* della società»<sup>106</sup>. Il “discorso sulla sicurezza” è dunque passato dal piano della “sicurezza dei diritti” a quello del “diritto alla sicurezza”<sup>107</sup>. Il ruolo di quest’ultima, non a caso, è stato equiparato a un *pas-se-partout*<sup>108</sup> laddove, di frequente, la sicurezza è divenuta il baricentro di politiche (anche penali) di contrasto a determinati fenomeni sociali: primo fra tutti quello dell’immigrazione clandestina<sup>109</sup>. In altri termini, si è assistito al «passaggio dal diritto penale *del nemico*, identificato essenzialmente nel terrorista internazionale, a un diritto penale (e, prima ancora, una politica criminale) che tende a *vedere nemici ovunque*»<sup>110</sup>.

<sup>105</sup> Cfr. G. Jakobs, *Terroristen als Personen im Recht?*, in ZStW 2005, 839 ss. nonché Id., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità* (trad. it.), in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini e R. Orlandi, Bologna 2007, 109-129; inoltre, nello stesso volume, in senso critico rispetto a tale impostazione: M. Donini, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, 130-178 (dove l’Autore, più nello specifico, si sofferma sui profili problematici del cosiddetto “diritto penale di lotta”, distinguendolo da quello “del nemico”); G. Fiandaca, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, 178-197; D. Pulitanò, *Il problema del diritto penale del nemico, fra descrizione e ideologia*, 234-240, G. Insolera, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, 241-249; G. Losappio, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell’amico, nemici del diritto penale*, 251-263 e A. Cavaliere, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d’autore, della vigenza dei principi costituzionali*, 265-289. Oltre a quelle già citate, sono numerose le voci che hanno segnalato i pendii scivolosi dell’affermarsi di simili derive del diritto penale, senza alcuna presunzione di completezza, si richiamano gli scritti raccolti in *QuestG* 2006, 4 di: A. Caputo, *Verso un diritto penale del nemico?*, 623 ss.; F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, 666 ss.; D. Pulitanò, *Lo sfaldamento del sistema penale e l’ottica amico-nemico*, 740 ss. e L. Ferrajoli, *Il «diritto penale del nemico» e la dissoluzione del diritto penale*, 797 ss. nonché l’opera monografica di R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino 2008. Più di recente, a dimostrazione della perdurante attualità del discorso, G. Fornasari, *Osservazioni rapsodiche su tre diramazioni del diritto penale del nemico*, in *RIDPP* 2020, 2, 1049 ss.; M. Pelissero, *La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, *ivi*, 745 ss. e F. Palazzo, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale* [Relazione introduttiva], *ivi*, 698 ss.

<sup>106</sup> L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019, 6; 49 ss.

<sup>107</sup> Richiamando le parole di A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia e M. Palma, Milano 2001, 22.

<sup>108</sup> Cfr. A. Cavaliere, *Può la ‘sicurezza’ costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *CrD* 2009, 43 ss. e Id., *Punire per ottenere ‘sicurezza’*, *cit.*, 11.

<sup>109</sup> Cfr. D. Pulitanò, *Tensioni vecchie nuove sul sistema penale*, in *DPP* 2008, 1077 ss.; cfr. G.L. Gatta, *La criminalizzazione della ‘clandestinità’ fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *RIDPP* 2015, 1, 188 ss. Possono altresì richiamarsi le parole di Bauman: «Lo spettro del degrado sociale dal quale lo Stato sociale giurava di proteggere i suoi cittadini viene sostituito, nella formula politica dello “Stato dell’incolumità personale”, dalle minacce rappresentate da un pedofilo in libertà, da un serial killer, da un mendicante invadente, da un rapinatore, da un malintenzionato furtivo, da un avvelenatore, da un terrorista, o meglio ancora da tutte queste minacce riunite in un’unica figura, quella dell’immigrato clandestino, dal quale lo Stato moderno nella sua più recente incarnazione promette di difendere i suoi sudditi» (Z. Bauman, *Il demone della paura*, Roma-Bari 2014, 22).

<sup>110</sup> E, se il diritto penale assume le vesti di diritto penale “del nemico”, ovvero “dei nemici”, oltre a uscire dai principi garantisti di natura costituzionale che fondano la materia, ciò che si verifica è che la relazione nemicale diviene «un costrutto normativo che si sovrappone in certo senso alla realtà criminale»: il “nemico” si delinea come presupposto, giustificazione e linfa vitale dell’intervento punitivo (F. Palazzo, *Nemico-nemici-nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, *cit.*, 701 ss.). Come rileva l’Autore se la presenza di un nemico, per definizione “genera” paura (ed è questo quanto si è verificato a fronte delle azioni terroristiche) è al contempo vero che, se si cambia la prospettiva di analisi, può rilevarsi che si assiste anche al fenomeno inverso: non già il nemico che genera la paura, ma la paura che genera nemici. Si fa qui riferimento a quel processo che muove dall’ingenerare (es. nella collettività) sentimenti di paura, da cui consegue “la creazione di un bersaglio”. In questo senso, le politiche adottate per “neutralizzare il bersaglio” (*id est* il nemico) diventano uno strumento

Nel percorrere tali binari, per quanto attiene al discorso in oggetto, si sottolinea che, ancora oggi, il legislatore, quindi, è intervenuto (e continua a farlo) invocando il *leitmotiv* della sicurezza pubblica<sup>111</sup>, nell'ambito di interventi normativi rispetto ai quali, da più parti, si segnala un allontanamento dai principi che sorreggono un approccio liberale alla materia penale<sup>112</sup>, atteso che, di frequente, viene dimenticata la natura di *ultima ratio* dello *ius puniendi*, addentrandosi in strade costellate da narrazioni dai toni emergenziali, dove il confine tra “normalità” ed “eccezione” si assottiglia sempre di più<sup>113</sup>.

In un simile quadro, infatti, a essere messe in crisi sono le stesse fondamenta del diritto penale liberal-garantista, andandosi a definire una relazione tra politica criminale e diritto penale che non si pone in armonia, ma in contrasto con i principi fondativi dello Stato di diritto<sup>114</sup>, dove il richiamo alla sicurezza quale bene oggetto della tutela non ha la funzione di limitare il ricorso al penale, bensì di incentivarlo<sup>115</sup>. L'idea securitaria della sicurezza – da distinguersi da quella “liberale” – arriva a considerarla come un “bene giuridico improprio”, in quanto “semanticamente vago”<sup>116</sup> ed eccessivamente inafferrabile e ideologizzato, e al contempo

---

attraverso il quale, in sostanza, è lo stesso diritto penale a “creare” il nemico (nel momento in cui la regolamentazione finisce con il «costruire un'immagine degli autori come *nemici* della società»; *ivi*, 706 s.). In un simile meccanismo, il legislatore penale non svolge una funzione “passiva”, di ricezione di istanze, bensì ricopre un vero e proprio ruolo attivo.

<sup>111</sup> E, tale concetto, ha sostituito (e sostituisce), di fatto, anche nelle intitolazioni delle leggi quello di ordine pubblico (già problematico in termini definitivi) esasperandone i profili critici. Cfr. M. Pelissero, *Il diritto penale preventivo nell'epoca dell'insicurezza*, cit., 81 s. L'Autore richiama: la l. 26.3.2001 n. 128 («Interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini»); il d.l. 23.3.2008, n. 92, conv. in legge con la l. 24.7.2008 n. 125, varato al fine di «contrastare fenomeni di illegalità diffusa collegati all'immigrazione illegale e alla criminalità organizzata» (la normativa, avente ad oggetto il contrasto all'immigrazione irregolare, è quella a cui si deve l'introduzione della c.d. “aggravante della clandestinità”, poi dichiarata incostituzionale dalla Corte con la sent. 249/2010); la l. 15.7.2009 n. 94 («Disposizioni in materia di sicurezza pubblica») e il c.d. decreto Minniti (d.l. 20.2.2017, n. 14, convertito con modificazioni dalla l. 18.4.2017 n. 48). Più in generale, basti solo accennare al susseguirsi di decreti-legge e disegni di legge (noti come “pacchetti sicurezza”) che negli ultimi decenni sono stati alimentati dalla *zero tolerance* oppure agli appelli, sempre più frequenti, alla funzione neutralizzatrice del carcere, nei quali la sicurezza diviene un «*totem* identitario che, insieme a esigenze di difesa sociale, si fa recettore di paure e intolleranze sociali» (F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit., 364 s., a cui si rinvia altresì per ulteriori richiami alla normativa rilevante, in specie ai “pacchetti sicurezza” 2001, 2008, 2009, 2017, 2018 e 2019. Si vedano, inoltre: Id., *La sicurezza penale fra assicurazione sociale, conservatio ordinum e criminalizzazione del corpo estraneo*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2018, 3, 18 ss.; M. Pavarini, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *CP* 2009, 2, 805 ss. e A. Cavaliere, *Punire per ottenere 'sicurezza'*, cit., 1 ss.; e, ancora, F. Forzati, *Il nuovo Ddl sicurezza fra (poche) luci e (molte) ombre: primi spunti di riflessione*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2023, 3, 1 ss. in commento al disegno di legge presentato alla stampa il 16 novembre del 2023). Da ultimo, si richiama il recentissimo d.d.l. n. S. 1236 «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario» attualmente in discussione al Senato (dopo l'approvazione della Camera intervenuta il 18.9.2024). In argomento, si richiamano altresì i contributi di G. Insolera, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa 2019, 29 ss. e Id., *Sicurezza e ordine pubblico*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini e M. Pavarini, Bologna 2011, 199 ss.

<sup>112</sup> Per un'analisi concentrata sui rapporti tra garantismo e diritto penale M. Donini, *Perché il garantismo non rende liberali la pena e il “diritto” penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del “Manifesto del diritto penale liberale dell'Unione delle Camere Penali Italiane”*, in *disCrimen*, 24.5.2019.

<sup>113</sup> Cfr. A. Cavaliere, *Qualche considerazione sul tema “diseguaglianze e penalità”*, cit., 60 s., che osserva come si assista al susseguirsi di «politiche della penalità ispirate alla *zero tolerance* e dalla esaltazione della sicurezza, che costituisce la nuova variante onnicomprensiva del concetto di ordine pubblico». Si veda altresì S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1995.

<sup>114</sup> In senso conforme, F. Muñoz Conde, *La relazione conflittuale tra politica criminale e diritto penale*, cit.

<sup>115</sup> E questo nonostante, sin dai tempi di Beccaria, si sia evidenziato che il diritto penale non produce sicurezza, ma a tal fine sarebbe piuttosto opportuno intervenire, con altri mezzi, sulle cause (cfr. D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 566).

<sup>116</sup> Estremamente efficaci le parole di G. Insolera, *Sicurezza e ordine pubblico*, cit., 199, il quale rileva che la sicurezza «in realtà è oggetto di cui è impossibile afferrare una sostanza unitaria».

“funzionale”<sup>117</sup>, atteso che è lungi dall’essere definito secondo una concezione personalistica – coerentemente con la teoria costituzionale del bene giuridico<sup>118</sup> – ed è, nei fatti, strumentale alla tutela di altri interessi e al perseguimento di finalità generalissime<sup>119</sup>. Quanto a quest’ultimo profilo, in un simile contesto, finisce con l’essere spiccatamente valorizzata la cosiddetta dimensione “soggettiva” della sicurezza, ossia la sua percezione (o meno) nell’ambito della comunità<sup>120</sup>; pertanto, questa oltre che essere un bene “funzionale”, si configura anche come profondamente “irrazionale”<sup>121</sup> e costituisce l’oggetto per antonomasia di scelte orientate da vocazioni populistiche, che fanno del diritto penale un mezzo da impiegare per ricercare o consolidare il consenso popolare.

Gli effetti di tale processo pervadono non solo le scelte di politica criminale, ma anche il diritto penale sostanziale. Nello specifico, si fa riferimento al ricorso a tecniche di incriminazione in cui si perde la struttura formale del fatto tipico, ci si allontana dai canoni di proporzionalità e offensività e l’attenzione si sposta dal diritto penale del fatto a quello dell’autore. La pena, di conseguenza, risulta essere disancorata dai criteri di ragionevolezza, proporzione e necessità e la sua funzione scivola, sempre di più, verso finalità spiccatamente preventive spesso cariche di connotazioni espressivo-simboliche<sup>122</sup>. Mediante l’impiego del linguaggio della “protezione da rischi e minacce” il diritto penale, a ben vedere, si fa terreno fertile per favorire interventi che sembrano indirizzati a “contrastare”, ancor più che il pericolo, la “paura del pericolo”<sup>123</sup>. Al punto che si è rilevato che, nel post-moderno, l’ordine che storicamente si fondava sulla

<sup>117</sup> Così C.E. Paliero, *L’agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Crim*, 2012, 109, nell’ambito di una più ampia riflessione sul bene giuridico. Cfr. G. Fornasari, *Osservazioni rapsodiche su tre diramazioni del diritto penale del nemico*, cit., 1051 che descrive la tendenza securitaria richiamata come: «la recente elevazione della sicurezza pubblica a una sorta di bene giuridico unificante e superiore, in grado di prevalere in qualunque genere di bilanciamento assunta la sua onnicomprensività e la sua attitudine a fungere da *topos* argomentativo discriminante rispetto a esigenze scaturenti dalla necessità di garantire le libertà».

<sup>118</sup> F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *NssDI*, XIX, Torino 1973, 14 ss. e Id., *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela* (1984), in Id., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna 1997, 189 ss.

<sup>119</sup> Cfr. D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, in *RIDPP* 2009, 2, 553: «Calata nel mondo e nel linguaggio penalistico dei beni giuridici, l’idea di sicurezza si presta a definire *un interesse strumentale, un bisogno (o una pretesa) di tutela anticipata di interessi finali*: la pretesa di interventi del diritto penale che non attendano la lesione dei beni tutelati, ma anticipino la soglia dell’incriminazione e delle punizioni nell’ottica della prevenzione dei pericoli». In altri termini non è soddisfatta quella esigenza di determinatezza del bene, che, allo scopo di edificarne una qualsivoglia forma di tutela penale, è invece «essenziale per poterne scolpire la condotta o il fatto lesivo» (F. Bricola, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela* (1984), cit., 216). Invero, come rilevato da A. Caputo, *Verso un diritto penale del nemico?*, cit., 631: «Svincolato dal riferimento alle *single* libertà e ai *singoli* diritti la cui sicurezza/effettività deve essere garantita dai pubblici poteri ed elevata al rango di diritto fondamentale, il “diritto alla sicurezza”, nel suo bilanciamento con i beni protetti dalla Costituzione e dalle fonti internazionali, potrebbe diventare, specie nelle fasi di più acuta *emergenza*, lo strumento per una generalizzata flessibilizzazione dei diritti fondamentali di individui e gruppi e del sistema delle garanzie introdotto dal costituzionalismo contemporaneo».

<sup>120</sup> Cfr. W. Hassemer, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 73.

<sup>121</sup> In tal senso, M. Pelissero, *Il diritto penale preventivo nell’epoca dell’insicurezza*, cit., 84.

<sup>122</sup> F. Forzati, *La sicurezza penale fra assicurazione sociale*, cit., 14 ss., il quale sottolinea che: «Non sorprende dunque che, in momenti di forte disagio e disorientamento popolare, il potere legislativo affidi le risposte di assicurazione sociale al potere punitivo anziché alla buona politica e all’efficace azione amministrativa o alla giustizia civile: “di tutti i rami dell’ordinamento”, è il diritto penale “quello più segnato da bisogni di controllo dell’irrazionale”» (*ivi*, 17).

<sup>123</sup> In tal senso, F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit., 37 s. L’Autore, in particolare, osserva che «[il] penale della sicurezza non contrasta dunque il pericolo, ma la paura del pericolo, focalizzandosi – più che sull’entità e sulla rilevanza del pericolo – sulla fonte (ovvero sulla provenienza) dell’offesa e sul bacino vittimologico di riferimento. Ne deriva una tipicità che rinuncia al tipo di fatto per polarizzarsi sul *tipo di autore* e sul *tipo di vittima*». Cfr. altresì D. Pulitanò, *Libertà e sicurezza dei diritti*, in *disCrimen*, 21.5.2019, 3. Il contributo costituisce il testo dell’intervento dell’Autorevole giurista al Convegno per la presentazione del “*Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*” (Università Statale di Milano, 10 e 11 maggio 2019).



sicurezza sociale è stato sostituito da «un ordine che si alimenta famelicamente di paura», in cui «il governo dell'insicurezza e della paura, è capace di mettere in atto dispositivi di nuova *governance*»<sup>124</sup> della società<sup>125</sup>.

Ebbene, è prendendo atto di simili tendenze che devono considerarsi gli aspetti annoverati nel corso della trattazione, nella parte in cui si è avuto modo, in più di un'occasione, di rilevare la presenza di pericoli di stigmatizzazione legati a un uso – specie in assenza di una regolamentazione che consideri anche tali profili di rischio – della fenotipizzazione del DNA in fase investigativa, prima, e della comunicazione dei suoi risultati all'esterno, poi. Come si è sottolineato, infatti, non solo dalle “predizioni” sull’“ancestralità biogeografica”, ma anche, ad esempio, da quelle relative al colore della pelle, potrebbero conseguire meccanismi di associazione tra determinati gruppi della popolazione e particolari fenomeni criminali. Di riflesso, da assimilazioni che primariamente sono allocate nella realtà sociale potrebbero rafforzarsi stereotipi o preconcetti ai danni di una data minoranza, alimentando quel “bisogno di rassicurazione” che, come noto, nutre, a monte, il ricorso “populistico” al diritto penale<sup>126</sup>, posto che quest'ultimo è orientato, per definizione e come si è già in parte sottolineato, a una ricerca del consenso popolare tramite l'uso simbolico del diritto penale, avvalendosi di una politica criminale alimentata dal governo delle insicurezze<sup>127</sup>.

Lo sguardo, dunque, sposando una prospettiva criminologica, è rivolto a due dei diversi livelli della criminalizzazione<sup>128</sup>. In specie, si considera, da una parte, l'ambito della criminalizzazione primaria – ossia della produzione di norme – quando si osserva la possibile incidenza sui *biases*, già presenti nella comunità, alla base di processi di “discriminazione sistemica” ai danni di determinati gruppi, che potrebbero tradursi in (ulteriori) argomenti di supporto a interventi normativi ispirati da logiche securitarie. Dall'altra parte, incardinando la

<sup>124</sup> Per un'approfondita (e condivisibile) critica alla logica del “governare attraverso l'insicurezza e la paura”, M. Pavarini, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, cit., 812 ss.

<sup>125</sup> «Si registra in tal senso l'involuzione della norma penale, ridotta a contenitore acritico ed atecnico degli umori e delle opinioni comuni, ovvero alla costruzione/promozione penale di una sicurezza-spot, in cui la componente tecnico-giuridica si limita a recepire gli slogan populistici (sempre attuali) delle “crescenti restrizioni di libertà a fronte di maggiore sicurezza”» (Così F. Forzati, *La sicurezza penale fra rassicurazione sociale*, cit., 43 con espresso rinvio a L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2002, 247).

<sup>126</sup> Per una riflessione a stampo giusilosofico e sociologico sul populismo contemporaneo, S. Anastasia, *Diritto e politica nella costruzione sociale della criminalità*, in *Devianza e questione criminale*, cit., 63 ss. Nella dottrina italiana sia consentito di richiamare: G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Crim* 2013, 95 ss.; V. Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *QuestG* 2019, 1, 86 ss. e G. Insolera, *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13.6.2019, 1 ss., oltre all'approfondita riflessione di E. Amati, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino 2020, a cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

<sup>127</sup> Deve infatti considerarsi una pluralità di fattori connessi anche all'impiego che dei dati viene effettuato dalle agenzie pubbliche di controllo (che si trovano ad archiviare, elaborare e sintetizzare i dati personali al fine di usarli per prevenire o reprimere i reati) ovvero, appunto, dalla comunicazione effettuata all'esterno dei risultati ottenuti. Come sottolineato da R. Orlandi, *Disuguaglianze e penalità: la nuova questione sociale*, in *Disuguaglianze e penalità*, cit., 169 ss. nell'ambito di una riflessione concentrata sullo sviluppo delle tecnologie informatiche, che però – a ben vedere – riesce a innestarsi benissimo anche nel discorso attuale. L'Autore, relativamente all'oggetto della propria trattazione, richiama la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco del 16 febbraio 2023 (dove, facendo leva sul diritto inviolabile all'autodeterminazione informativa, si sono affermati limiti all'uso dell'intelligenza artificiale nelle indagini di polizia).

<sup>128</sup> Si tratta di categorie elaborate dalla criminologia critica, in cui il diritto penale non è considerato come «sistema statico di norme», ma come «sistema dinamico di funzioni», nel quale si possono distinguere tre meccanismi analizzabili separatamente: «[...] il meccanismo della produzione delle norme (criminalizzazione primaria), il meccanismo della applicazione delle norme, cioè il processo penale comprendente l'azione degli organi inquirenti e culminante con il giudizio (criminalizzazione secondaria) ed infine il meccanismo della esecuzione della pena e delle misure di sicurezza» (A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna 1982, 161).

riflessione con riferimento alla criminalizzazione secondaria, che, in quanto tale, non guarda al piano della creazione legislativa ma al processo di applicazione delle norme, tali effetti di stigmatizzazione andrebbero a incidere sul profilo dell'attribuzione dello *status* di criminale a un insieme di individui accomunati dall'appartenere a una categoria della comunità, marginalizzata e oggetto di discriminazione<sup>129</sup>. In questi termini il discorso si colloca tra le maglie di quanto autorevolmente sottolineato negli anni Ottanta del secolo scorso: «non solo le norme di diritto penale si applicano selettivamente rispecchiando i rapporti di disegualianza, ma il diritto penale esercita anche una funzione attiva, di produzione e riproduzione rispetto ai rapporti di disegualianza»<sup>130</sup>.

*Mutatis mutandis*, per chiudere con circolarità la riflessione operata nel presente paragrafo, tornano in mente i rilievi del Garante privacy nel suo parere del 2021, dove, confrontandosi con la diversa tematica del riconoscimento facciale mediante sistemi di Intelligenza Artificiale, nel formulare un parere negativo nei riguardi dell'ammissibilità del sistema *SARI Real Time*<sup>131</sup>, ha rilevato quanto segue: il rischio è che tali sistemi producano una «evoluzione della natura stessa dell'attività di sorveglianza, passando dalla sorveglianza mirata di alcuni individui alla possibilità di sorveglianza universale allo scopo di identificare alcuni individui»<sup>132</sup>. Anche nel caso del *Forensic DNA Phenotyping*, pur essendo chiaro che ci si riferisce a mezzi totalmente diversi che consegnano agli inquirenti informazioni di natura evidentemente differente, si ripresenta la possibilità che si creino le basi perché possa avere luogo un meccanismo per cui il c.d. “gruppo sospetto” si trovi ad avere la percezione di una sorveglianza diffusa nei suoi riguardi. Ciò trova una sua conferma, atteso quanto si è avuto modo di rilevare, nella panoramica che si è offerta nei paragrafi precedenti, in materia di quei “controeffetti” che si sono ripresentati nei casi concreti.

5. Le considerazioni effettuate spingono quindi a ritenere che, ancora una volta, a fronte dello sviluppo della tecnica e delle conoscenze scientifiche, si impongono delle specifiche esigenze

<sup>129</sup> A. Baratta, *Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna 1980, 161 s. Impossibile, poi, non menzionare l'opera di M. Foucault, *La società punitiva. Corso al Collège de France (1972-1973)*, trad. it., Milano 2019.

<sup>130</sup> A. Baratta, *Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, cit., 166; L. Re, *Criminalità e criminalizzazione*, cit., 48 che proprio commentando il passaggio appena richiamato dell'illustre giurista e sociologo, sottolinea che ad avviso dell'Autore, «[la] selettività sociale opera infatti a tutti i livelli: dalla individuazione delle fattispecie di reato all'interno dell'ordinamento giuridico, fino all'esecuzione delle sanzioni detentive, passando per i controlli di polizia, il rinvio a giudizio, la gestione dei processi, l'effettività del diritto di difesa ecc.» (corsivo di chi scrive). Occorre precisare che il richiamo a una lettura criminologica figlia della criminologia critica non deve essere interpretato in modo fuorviante, ma è funzionale per il discorso al fine di chiarire, dal punto di vista empirico, in quali momenti l'adozione di determinate prassi investigative con effetti sul piano sociale potrebbe averne anche sul piano penalistico in senso stretto. Ad avviso di chi scrive, infatti, il rapporto tra scienze – e, dunque, riflessioni – giuridiche e scienze sociali deve incardinarsi in quella prospettiva di dialogo già magistralmente descritta da F. Bricola, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *RIDPP* 1988, 5 ss. Da una simile interazione, dunque, non deve conseguire una sovraordinazione delle seconde alle prime. Cfr. M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano 2011, 121 ss. nonché Id., *Scienza penale e potere politico*, in *Il diritto penale tra scienza e politica*, a cura di M. Donini e L. Stortoni, Bologna 2015, 76 s.

<sup>131</sup> Garante per la protezione dei dati personali, *Parere sul sistema Sari Real Time*, provvedimento n. 127 del 25.3.2021.

<sup>132</sup> Cfr. G. Mobilio, *Tecnologie di riconoscimento facciale*, cit., 157 ss.; sul *chilling effect* nell'ambito di una riflessione in materia di principio di proporzionalità in materia penale: V. Manes, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 17.1.2018, 1 ss., F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, 277 ss. e N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, 252 ss.

di regolamentazione, che muovano anche dai profili di rischio correlati, che vengono acuiti quando si ha un'interazione con l'universo penalistico. Le esperienze dei Paesi che sono già intervenuti sul punto testimoniano come si sia imposto, infatti, di operare un'attenta riflessione di bilanciamento dei rischi con i benefici<sup>133</sup>. Lo dimostrano le tendenze a intervenire in materia di determinazione dell'oggetto dell'analisi – ad esempio, consentendone il ricorso per alcune, predeterminate dalla legge, caratteristiche visibili – ovvero circoscrivendone la sua possibilità di impiego (solo in caso di indagini afferenti a crimini di una certa gravità), al fine di tracciare il più possibile il suo ambito di operatività. In tal senso, dovrebbe valorizzarsi anche un'accurata valutazione che dovrà essere effettuata in punto sia di attendibilità delle analisi impiegate sia di corretta comunicazione dei risultati.

Fermo restando che – come attesta il quadro comparato – la scelta di una eventuale apertura normativa non può che riguardare solo i tratti esteriori dell'individuo (con esclusione, ad esempio, di quelli relativi alla salute), occorre al contempo evitare che, in un qualche modo, si attribuisca certezza a informazioni che non possono che essere marcatamente probabilistiche. Dovrà anche essere tenuto in conto che, inoltre, vi sono predizioni su specifiche caratteristiche che ancora non sono oggetto di una sufficiente validazione nell'ambito della comunità scientifica, ma di ricerche che si stanno affinando e sono in fase di sviluppo (come la predizione della morfologia del volto); pertanto, in un settore sensibile come quello all'attenzione, risulta sempre auspicabile scongiurare il rischio di narrazioni che fanno leva su improprie equiparazioni, come parlare di *identikit* ricavato dal DNA<sup>134</sup>. In altri termini, la “traduzione” dei dati scientifici in informazioni rilevanti a fini criminali deve essere condotta rigorosamente e la loro interpretazione effettuata mediante l'ausilio di esperti del settore. Invero, in generale, l'attendibilità delle predizioni è legata a una serie di fattori che afferiscono allo svolgimento dell'analisi (il tipo specifico di *test* impiegato e i *sets* di riferimento usati) che incidono sul risultato finale e, di riflesso, sull'accuratezza del medesimo<sup>135</sup>.

La presente analisi si è concentrata sui profili afferenti al tema dell'interazione tra sviluppo di conoscenze in ambito genetico di ausilio per le indagini e le possibili conseguenze sul piano dell'eguaglianza e delle discriminazioni a livello sociale, sino a spingersi ad indagare quali potrebbero essere i riflessi in materia di politica criminale. Il rischio, infatti, che gli appartenenti a minoranze, che sono già stigmatizzate e “isolate” nel contesto della compagine sociale, possano divenire un “gruppo di sospettati” potrebbe innescare conseguenze prima a livello sociale – accentuando le divisioni nella comunità e i pregiudizi ai loro danni – poi, se ve ne fosse una qualsivoglia strumentalizzazione, anche sul fronte normativo, in un contesto in cui il diritto penale, in contrasto con i suoi principi garantistici e liberali, viene usato in chiave espressivo-simbolica. Invero, il pericolo che si avverte prende atto di un quadro in cui le logiche securitarie e populistiche – le quali esasperano ulteriormente il già problematico rapporto tra diritto penale e diseguaglianza e si nutrono di insicurezza – pervadono in modo sempre più accentuato le opzioni fatte proprie dal legislatore.

<sup>133</sup> Dal punto di vista processual-penalistico, si richiamano le recenti riflessioni di F. Sanvitale, *Quello che il legislatore non dice in materia di prova genetica*, cit., 39 ss., il quale invoca la necessità di intervenire definendo regole, dalla portata generale, che consentano alla disciplina del codice di procedura penale in materia di assunzione e mezzi di ricerca delle prove (artt. 188 s. Cpp) di rendersi maggiormente idonea a salvaguardare la necessità che, dinnanzi a mezzi di indagine innovativi e non equiparabili a quelli già oggetto di regolamentazione, sia sempre garantita una verifica del rapporto di proporzione tra le esigenze investigative e la salvaguardia delle prerogative fondamentali della persona (l'Autore, nello specifico, ritiene che la modifica dovrebbe afferire, in particolare, agli artt. 188 e 189 Cpp).

<sup>134</sup> Cfr. § 3; in senso conforme, M. Coquet, N. Terrado-Ortuño, *op. cit.*, 269 s. e, nella dottrina italiana, F. Sanvitale, *Quello che il legislatore non dice in materia di prova genetica*, cit., 35.

<sup>135</sup> L. Atwood et al., *From identification to Intelligence: An Assessment of the Suitability of Forensic DNA Phenotyping Service Providers for Use in Australian Law Enforcement Casework*, in *Front. Genet.* 2021, 1 ss.

In ogni caso, essendo giunti a rilevare la necessità di una specifica regolamentazione della materia, occorre ora evidenziare che quello affrontato è solo uno degli aspetti che dovrebbero essere oggetto di approfondimento. Tra questi, senz'altro, assume un ruolo dirimente la questione legata alla tipologia di dati raccolti che consideri in modo specifico anche l'*an* e il *quomodo* della loro archiviazione. Si è già avuto occasione di rilevare che, diversamente dal *DNA profiling*, le analisi di fenotipizzazione afferiscono anche alle zone codificate del DNA. Con riferimento alla natura dei dati, si ritiene corretto qualificarli come dati genetici – atteso che questi sono definiti, a livello sovranazionale, nei termini di «dati personali relativi alle caratteristiche genetiche o ereditarie acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia, sulla salute di detta persona fisica e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione» (art. 4, n. 13 Reg. 2016/679/UE e art. 3, n. 12, Dir. 680/2016/UE) – e da ciò consegue che, in quanto tali, a loro è rivolto uno specifico e rafforzato regime di protezione (art. 9, Reg. 2016/679/UE e art. 10 Dir. 680/2016/UE)<sup>136</sup>. Tale assunto, da un lato, consente di ribadire, ancora una volta, che la normativa attuale sulla banca dati del DNA italiana non copre il caso di specie; dall'altro, di rilevare che, se, in assenza di uno specifico divieto, la prassi consente un'apertura di fatto all'impiego della tecnica *de qua*, si avverte la necessità di delineare, in modo chiaro, la disciplina in parola a livello normativo interno.

Muovendo dalle anzidette constatazioni, inoltre, non si ritiene di poter condividere quanto sostenuto da coloro che rilevano che il diritto alla *privacy* non verrebbe a essere messo in discussione fintanto che non sia individuato il soggetto a cui appartiene il campione analizzato e, guardando in particolare alla predizione delle EVCs, sottolineano che ciò è avvalorato dal fatto che si tratta di caratteristiche visibili esternamente a chiunque, pertanto comunque note<sup>137</sup>. Nondimeno, in modo simile a quanto avviene nell'ambito della sorveglianza biometrica e delle tecnologie di riconoscimento facciale, non vanno confusi due piani. Invero, l'apparire ed essere quindi visibili per gli altri muovendosi in uno spazio pubblico è cosa ben diversa dalla circostanza per cui la propria immagine possa essere oggetto di registrazione, analisi o diffusione da parte di agenzie pubbliche, ovvero impiegata a fini investigativi<sup>138</sup>.

Per concludere, la riflessione svolta avvalorava ancora una volta la considerazione che il progresso della scienza ha oramai reso le parti del corpo umano una «preziosa fonte di dati»<sup>139</sup> destinata ad accrescersi con lo sviluppo e l'affinamento della tecnica. Rispetto a quest'ultimi, pur riconoscendone i possibili effetti funzionali e non manifestando, quindi, un atteggiamento di totale chiusura, è necessario interrogarsi al fine di stabilire *standard* di regolamentazione in cui siano considerate, da diverse angolature, le eventuali ripercussioni sui diritti fondamentali della persona..

<sup>136</sup> In argomento, S. El Sabi, *La tutela della privacy nel trattamento dei dati biometrici e genetici per scopi di pubblica sicurezza. Spunti di diritto comparato*, in *Dir. inf.* 2023, 789 ss.

<sup>137</sup> In senso conforme, gli Autori citati nella nota successiva; *contra*, sostenendo che non vi sarebbe alcuna lesione della *privacy*, M. Kayser, P.M. Schneider, *DNA-Based Predictions of Human Externally visible Characteristics*, cit., 158 s.

<sup>138</sup> Cfr. M. Coquet, N. Terrado-Ortuño, *op. cit.*, 166. Si veda anche J.R. Reidenberg, *Privacy in Public*, in *U. Miami L. Rev.* 2014, 69, 1, 141 ss. (spec. 152 ss.).

<sup>139</sup> S. Deplano, *Il campione biologico di un'identified person. Profili di sistema*, cit., 51 s. (spec. nt. 44 con riferimento a Cass. civ. 13.9.2013 n. 21014). Invero, se il corpo è un "sistema di informazioni" è necessario muovere dal rilievo per cui a quest'ultime, in quanto riguardanti il corpo, «deve essere attribuito uno statuto giuridico particolarmente forte» (S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano 2018, 188).

## IL REATO COMPLESSO COME FORMA DI TIPICITÀ UNITARIA ORIGINARIA

di Claudia Cantisani (*Dottoressa di ricerca e docente a contratto in Diritto penale*)

Lo scritto esamina alcuni profili del reato complesso per proporre una ricostruzione diversa da quella largamente patrocinata in letteratura e in giurisprudenza, per la quale esso andrebbe iscritto nel quadro teorico del concorso apparente di norme, quale espressione, in particolare, dei criteri di specialità e del *ne bis in idem*. L'obiettivo del presente studio è, piuttosto, di rivendicare la tipicità unitaria originaria di questa fattispecie, attraverso una rivalutazione degli elementi necessari alla sua qualificazione e al suo accertamento: si fa riferimento in particolare ai criteri della logica giuridica e a quelli empirici, a cui la giurisprudenza fa comunemente ricorso per determinare l'unità di azione del reato complesso.

The essay examines key aspects of Article 84 of the Penal Code (art. 84 Cp) and presents an alternative interpretation of this offence, distinct from the most commonly accepted solutions found in legal literature and case law. These solutions primarily rely on the *ne bis in idem* principle and Article 15 of the Penal Code (art. 15 Cp). The analysis demonstrates that Article 84 should be viewed as an autonomous offence, rather than as a case falling under the broader concept of concurrence of offences. Evidence supporting this interpretation can be derived from logical and empirical criteria frequently used by judges to determine the unity of the principal conduct of this offence.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Recente giurisprudenza e introduzione delle questioni. – 3. Unità di reato o pluralità di reati? La descrizione della condotta nel reato complesso. – 3.1. Il riferimento al “reato” come un problema di qualificazione? – 3.2. L'esempio tratto dalla pronuncia delle Sezioni Unite. – 3.3. Il riferimento al “reato” come elemento di ausilio ermeneutico. Cenni al reato “eventualmente complesso” come esempio del duplice volto della tipicità. – 4. La realizzazione empirica della condotta del reato complesso: finalità e contestualità come fattori di unificazione empirica, nonché indicatori di tipicità unitaria e originaria. – 4.1. Contestualità come criterio empirico-relazionale. – 4.2 Finalità come rovescio della strumentalità (dominio teleologico sul fatto). – 5. Rilievi sul principio del *ne bis in idem* patrocinato dalla Cassazione. – 6. Sinossi conclusiva.

1. Con il presente contributo si propone di esaminare alcuni profili del reato complesso nel tentativo di avanzare, di questo istituto, una lettura diversa da quella largamente patrocinata in letteratura e in giurisprudenza, per la quale esso andrebbe iscritto nel quadro teorico del concorso apparente di norme<sup>1</sup>, quale espressione, in particolare, dei criteri di specialità<sup>2</sup> e del *ne bis in idem*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Nella meno recente letteratura riconducono il reato complesso al concorso apparente di norme, e ai diversi criteri di cui questo può essere espressione, R. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano 1971, 405 ss., che in particolare intende una delle due ipotesi di reato complesso (quella del reato-elemento costitutivo) nei termini della *specialità*; in senso analogo, M. Siniscalco, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano 1961, 162 ss.; cfr. anche G. Neppi Modona, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *RIDPP* 1966, 207. Considera il reato complesso come espressione del criterio dell'assorbimento P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Padova 1982, 392-393; analogamente D. Pratilto, *In merito a due asserite forme di reato complesso*, in *Annali di diritto e procedura penale* 1937, 672 e ss.

<sup>2</sup> Così F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966, 309. L'Autore, peraltro, esclude che il reato complesso rappresenti una deroga al concorso di reati (p. 272). In giurisprudenza, v. Cass. S.U. 28.4.2017 n. 20664.

<sup>3</sup> Il principio del *ne bis in idem* sostanziale è ormai riconosciuto a livello sovranazionale e accolto dalla nostra

L'obiettivo di questo scritto è, più precisamente, di rivendicare la tipicità unitaria originaria del reato complesso, la quale, lungi dal costituire l'esito di un confronto tra fattispecie – che trova espressione nel concorso (apparente o reale) – rappresenta, semmai, il suo necessario presupposto.

Per le ragioni che andremo esponendo sembra plausibile ritenere che il reato complesso, che da sempre si pone a metà strada tra il concorso apparente di norme e il concorso di reati, possa a buon diritto anticipare entrambi questi fenomeni, collocandosi, cioè, in un momento ad essi logicamente preliminare<sup>4</sup>.

Sebbene, come si è sostenuto, possa apparire irrilevante, a fini pratici, domandarsi se l'applicazione di una fattispecie implichi o meno, a monte, un confronto tra più fattispecie in concorso – se, cioè, mutuando una formula spesso impiegata in dottrina, il concorso apparente rappresenti una tipicità unitaria “sopravvenuta” o “originaria” – la prassi giurisprudenziale ha invece fatto discendere da tale distinguo conseguenze di non scarso impatto: basti pensare alla riemersione dei reati soccombenti quando la fattispecie prevalente non risulti applicabile per intervento di una causa di esclusione della punibilità o per mancanza di una condizione di procedibilità<sup>5</sup>.

---

Corte Costituzionale (C. cost., 10.11.2016 n. 236, C. cost. 8.3.2019 n. 40). Per una ricostruzione del fondamento costituzionale del principio nella sua generalità e nella sua accezione sostanziale, cfr. C. Silva, *Ne bis in idem sostanziale: la faticosa emersione del contenuto di un principio*, in *GI* 2019, 1469. Con più specifico riguardo, invece, al reato complesso, esso viene invocato come criterio posto a fondamento dell'istituto, nonché, in senso più ampio, a risoluzione dei casi di concorso apparente di norme, di cui anche il reato complesso sarebbe declinazione. Relativamente al legame tra *ne bis in idem* e reato complesso, a sostegno dell'indirizzo che identifica nel principio in parola l'essenziale fondamento dell'istituto, si veda A. Vallini, *Lo “stalking” finito in tragedia e il reato complesso: un'altra “prova tecnica” di “ne bis in idem” sostanziale*, in *GI* 2022, fasc. 5, 1218 ss., dal quale, peraltro, prendono le mosse le presenti riflessioni. Dello stesso Autore, si veda anche A. Vallini, *Un caso complesso di “ragion fattasi” e un metodo in tema di concorso di norme e reati*, in *GI* 2023, 185, nonché A. Vallini, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *DPP* 2018, 525 ss. A fondare il reato complesso sul *ne bis in idem* sostanziale, ancora, tra le voci più risalenti, G. Vassalli, *Reato complesso*, in *ED*, XXXVIII, 1987, 816 ss. e C. Losana, *Reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *RIDPP* 1963, 1193-1194. Nella letteratura più recente, per un'illustrazione della giurisprudenza che riferisce il reato complesso al limitrofo principio di “consunzione”, cfr. I. Giacona, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino 2022, 139. M. Scoletta, *Idem Crimen. Dal “fatto” al “tipo” nel concorso apparente di norme penali*, Torino 2023, 505.

<sup>4</sup> La tesi per cui il reato complesso non apparterebbe al fenomeno del concorso apparente è stata in passato sostenuta da V. Spiezia, *Il reato complesso*, Udine 1937, 233.

<sup>5</sup> Per un'illustrazione delle diverse ipotesi di “reviviscenza” del reato soccombente per intervento di una causa di non punibilità o per la mancanza di una condizione di procedibilità della fattispecie speciale direttamente applicabile, e per i riferimenti alla casistica giurisprudenziale, cfr. D. Brunelli, *Appunti sulla tipicità unitaria del concorso apparente di norme: eclissi definitiva o spazi per la riemersione del reato soccombente?*, in *www.archiviopenale.it* 2021, 7 ss. ove si rileva che, anche ammesso che il reato complesso possa dirsi genuina espressione del concorso apparente di norme (nella specie, *ex art. 15 Cp*), la riemersione del reato soccombente dovrebbe comunque essere prevista espressamente dalla legge. Sull'argomento, ancorché relativamente al profilo processuale, cfr. anche F. Centorame, *Il principio del ne bis in idem in casi particolari*, in *Il ne bis in idem*, a cura di A. Mangiarina, Torino 2021, 58. Sul piano processuale si tratta di capire se esistano preclusioni “a doppio senso” *ex art. 649 Cpp*: se, cioè, il giudicato formatosi sul reato complesso funga da impedimento all'instaurazione di un separato giudizio in ordine ai singoli reati che lo compongono, e, se, d'altra parte, una sentenza irrevocabile sui fatti che potrebbero comporre il reato complesso inibiscano un giudizio su tale fattispecie. Esclude l'apertura di un nuovo giudizio sia nell'uno, che nell'altro caso E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Ubertis, G.P. Voena, Milano 2012, 482-3, ove si richiama un caso giurisprudenziale, ormai risalente, rispetto al quale la Corte di Cassazione ha stabilito che il proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato di appropriazione indebita, addebitato all'amministratore di una società, non preclude di regola l'esercizio dell'azione penale per bancarotta fraudolenta in un diverso giudizio, ove sia intervenuta la dichiarazione di fallimento (con la precisazione, tuttavia, che in quel caso la Corte aveva ritenuto sussistente un reato progressivo e non complesso, per mancanza di simultaneità delle condotte, che si erano, anzi,

Pur potendosi osservare che una simile prassi si espone comunque a delle critiche – indipendentemente, cioè, dalle premesse dalle quali essa muove – la distinzione sopra tracciata può assumere altresì un qualche significato teorico, se non altro perché offre l'occasione di riflettere, da una visuale forse non consueta, sul tema della tipicità come problema di qualificazione<sup>6</sup>. Inoltre, permette di sottoporre a nuovo esame due aspetti utili alla ricostruzione ermeneutica del reato complesso, e che tuttavia non di rado soccombono al cospetto dei criteri assiologici ai quali spesso si ricorre per leggere ed interpretare l'istituto: si fa riferimento ai criteri della logica giuridica e a quelli che dirigono l'accertamento empirico, entrambi necessari alla qualificazione penale nonché alla determinazione dell'unità di azione, posta a fondamento della tipicità unitaria originaria del reato complesso.

Si procederà, pertanto, con un'analisi del dato normativo, dalla quale trarre qualche prima interlocutoria conclusione sulla tipicità astratta del reato complesso. Più oltre, invece, ci si concentrerà sulla dimensione empirica, da ritenersi tuttavia prioritaria nella determinazione del carattere unitario della condotta. Infine, si lascerà spazio a qualche considerazione finale in tema di *ne bis in idem*, nei limiti di quanto risulti strettamente utile ai fini di questo scritto.

Si prenda allora, ad esempio pratico per la presente trattazione, una non più recentissima pronuncia delle Sezioni Unite<sup>7</sup>, i cui passaggi argomentativi, tuttavia, in buona misura sollecitano le riflessioni che seguiranno.

2. Con una delle ultime pronunce a Sezioni Unite in tema di reato complesso la Corte di Cassazione ha affermato il seguente principio di diritto: *“la fattispecie del delitto di omicidio realizzato a seguito di quella di atti persecutori da parte dell'agente nei confronti della vittima, contestata e ritenuta nella forma del delitto aggravato ai sensi dell'articolo 575 c.p. e articolo 576 c.p., comma 1, n. 5.1 punito con la pena edittale dell'ergastolo - integra un reato complesso, ai sensi dell'articolo 84 c.p., comma 1 in ragione dell'unitarietà del fatto”*.

La vicenda è nota, ma se ne riepilogano comunque i passaggi principali.

Il fatto – la realizzazione, da parte di una donna, di un delitto di atti persecutori e, infine, di omicidio ai danni della medesima vittima – è stato oggetto di qualificazioni differenti nei tre gradi di giudizio. In primo grado l'imputata è stata condannata ai sensi degli artt. 81 co. 2, 612-bis, 575 Cp, aggravato dalle circostanze dei futili motivi (art. 61 n. 1 Cp) e dall'essere il fatto commesso dall'autore del delitto previsto dall'art. 612-bis Cp nei confronti della stessa persona offesa (art. 576 n. 5.1 Cp): circostanze, queste, entrambe riconosciute equivalenti alle attenuanti generiche. In secondo grado l'imputata, assolta dall'imputazione di atti persecutori per insussistenza del fatto, è stata condannata per il reato di omicidio preterintenzionale con esclusione delle aggravanti. In terzo grado, la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza con rinvio, al termine del quale il fatto è stato nuovamente qualificato nei termini di reato continuato di atti persecutori e di omicidio volontario aggravato ai sensi dell'art. 576 n. 5.1 Cp.

---

poste in rapporto di successione cronologica), cfr. Cass. 18.1.2008, Ricci e altri, in *CP* 2010, 1598 ss., con nota di P. Di Geronimo, *Bancarotta fraudolenta ed appropriazione indebita: una controversa ipotesi di reato complesso*. In senso analogo, si è stabilito che la condanna irrevocabile per il reato di appropriazione indebita di determinati beni aziendali non preclude nei confronti dell'imputato, dopo l'intervento della dichiarazione di fallimento della società, l'esercizio dell'azione penale per il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione degli stessi beni, in quanto, pur trattandosi di fattispecie strutturalmente diverse, i rispettivi elementi costitutivi danno luogo ad un reato complesso, in cui la bancarotta assorbe l'appropriazione indebita, così Cass. 29.11.2014 n. 48743.

<sup>6</sup> V. *infra* § 3.1.

<sup>7</sup> Cass. S.U. 26.10.2021 n. 38402; ma si veda anche Cass. 7.11.2018 n. 50325.

Tra i motivi di ricorso avverso quest'ultima sentenza, i difensori dell'imputata censurano il concorso di reati e affermano essersi realizzata, piuttosto, un'ipotesi di reato complesso. Questa, dunque, la questione rimessa alle Sezioni Unite.

Il reato complesso – afferma il Supremo Collegio – è dato dalla *“previsione testuale di più fatti di per sé costituenti autonomi e diversi reati, puntualmente riconducibili a distinte fattispecie incriminatrici”* e la sua *ratio*, suggerita dalla collocazione sistematica dell'istituto, al di fuori, cioè, dei diversi fenomeni del concorso di reati, richiede, per essere apprezzata, la concomitante sussistenza di ulteriori presupposti: la *contestualità* e la *finalità*.

In accoglimento di uno degli indirizzi interpretativi esaminati in sentenza, le Sezioni Unite affermano che, sebbene il reato complesso sia *“il risultato di un'operazione legislativa di unificazione di reati”*, alla base di tale costruzione normativa vi è *“un substrato sostanziale che riconduce i fatti ad un contesto criminoso esso stesso unitario e ne identifica il profilo di congiunzione in una comune matrice ideologica quanto ai motivi a delinquere in un rapporto finalistico tra i fatti o nella convergenza degli stessi verso un unico risultato finale”*; un risultato finale unico, quello di cui parla la Corte, e *“unicamente sanzionato”* al fine di rendere inoperanti i meccanismi di cumulo sanzionatorio. Rispetto all'art. 81 co. 1 Cp, infatti, il reato complesso si distingue sul piano trattamentale, pur condividendo con esso il fondamento sostanziale rappresentato dall'unitarietà d'azione. Anziché adottare il regime del cumulo giuridico, che comunque implica la considerazione di molteplici *“porzioni”* di sanzione, tante quante sono i reati, l'art. 84 Cp con la previsione di una sanzione sola sarebbe piuttosto espressione – così affermano le Sezioni Unite, nel solco di altre sentenze – del principio del *ne bis in idem* (sostanziale). Questo principio rappresenta, nelle parole della Corte, una *“necessità”* che si manifesta nel rapporto tra i reati che compongono il reato complesso: evitare, cioè, la *sproporzione* nel cumulo delle pene.

Pur condividendo gli esiti a cui sono giunte le Sezioni Unite – di ritenere, cioè, applicabile l'art. 84 Cp al caso esaminato – le argomentazioni impiegate sollecitano alcuni interrogativi e le riflessioni che seguiranno.

Anzitutto ci si domanda, alla luce dello stato attuale del dibattito sul tema, se ci siano ancora margini per discutere della collocazione del reato complesso dentro o fuori dal concorso apparente di norme. In secondo luogo, anche ove si ritenesse che il reato complesso vi appartenga, è possibile chiedersi se tale appartenenza al concorso apparente di norme sia giustificata dal *ne bis in idem* e, in senso più ampio, se tale argomento sia l'unico in grado di spiegare il fondamento della fattispecie in esame.

Per rispondere si cercherà prima di tutto di capire se ci si trovi di fronte ad un'ipotesi di unità di condotta – come sembrano opinare le Sezioni Unite, ancorché in ciò tracciando una similitudine con il concorso formale, che, tuttavia, si pone per legge in rapporto di alternatività rispetto all'istituto del reato complesso – ovvero se il reato complesso sottenda una pluralità di condotte penalmente rilevanti, cioè di *azioni* tipiche: domanda cui si potrà dare risposta solo dopo aver stabilito in virtù di quali criteri tale unità o pluralità debbano essere ricavate.

In effetti, lo si anticipa, riteniamo ragionevole che l'originaria unitarietà della tipicità del reato complesso possa esser tratta, oltre che dalla lettera della legge, per lo più, dalla conformazione che tale fattispecie assume sul piano empirico. Il suo accertamento, assistito dall'impiego di massime di esperienza e da criteri nient'affatto estranei alla logica, dà vita alla dinamica interna alla norma incriminatrice – quella relativa, cioè, al rapporto tra parte descrittiva e trattamentale – dalla quale dipende la qualificazione di questo particolare tipo di reato.

La considerazione congiunta di questi due alternativi profili – quello empirico e quello logico-giuridico, più strettamente attinente, cioè, alla dinamica fra precetto e sanzione interna alla



norma penale<sup>8</sup> – ci porta ad apprezzare un dato utile all’indagine sul secondo profilo di quelli anticipati: la cifra razionale del procedimento che guida l’accertamento e, così, la qualificazione del reato complesso permette di spiegare il fondamento dell’istituto sulla base di criteri diversi da quelli assiologici, e quindi anche dal *ne bis in idem*.

Di seguito le questioni preliminari appena anticipate.

3. La prima tappa dell’analisi impone di chiarire il significato della nozione di condotta del reato complesso, alla luce della formula adottata dal legislatore all’art. 84 Cp.

Infatti, pur condividendo il pensiero secondo il quale la verifica dell’unitarietà della condotta non può fare a meno della prioritaria considerazione del contesto empirico<sup>9</sup>, l’esame del reato complesso impone di rivolgere in prima battuta attenzione al dato normativo per via della particolare descrizione del “fatto” ivi contenuta.

L’art. 84 Cp parla di “*fatti che costituirebbero, per sé stessi, reato*” e che tuttavia “*la legge considera come elementi costitutivi o circostanze aggravanti di un reato*”.

Ebbene, ci si domanda, anzitutto, se il riferimento al “reato” tra gli elementi costitutivi o tra le circostanze aggravanti rappresenti un mero coefficiente testuale nella complessiva struttura della fattispecie, o rimandi a problemi di qualificazione e di disciplina: se tale rinvio, in altre parole, solleciti una verifica della casistica riconducibile alla cifra semantica delle fattispecie richiamate nel reato complesso; oppure se esso comporti valutazioni circa i margini di punibilità di quelle fattispecie e, quindi, di applicazione della pena.

In breve, ci si chiede se il riferimento ai “fatti” alluda a fattispecie dotate di autonoma tipicità, e di distinta e autonoma rilevanza giuridica – incardinate, dunque, su diverse condotte tipiche – o se tale riferimento si limiti ad evocare una casistica utile all’accertamento della condotta del reato complesso, la cui unicità e autonomia non vengono comunque messe in discussione<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Per una disamina delle diverse accezioni del termine si rinvia a G. Gavazzi, *Logica giuridica* in *NssDI*, IX, Torino 1957, 1064-5. Cfr. anche N. Bobbio, *Diritto e logica*, in *Riv. Int. Fil. dir.* 1962, 25-26, ove si spiega che gli studi di logica giuridica tendono a dividersi nei due filoni della teoria dell’interpretazione e della logica deontica: il primo dei quali interessato a ricavare il significato delle proposizioni giuridiche; il secondo, ad indagarne i reciproci rapporti in funzione della qualificazione e in relazione alle finalità del diritto.

<sup>9</sup> D. Falcinelli, *Il fatto di reato sullo sfondo del ne bis in idem nazionale-europeo*, in *AP* 2017, 77 e 81, dal contributo della quale riprendiamo il seguente periodo: “*Il reato è dunque commesso nell’istante in cui è commessa l’azione, appunto intesa come fenomeno empirico, e non normativo*”; cfr. altresì D. Brunelli, *Unità comportamentale, unità o pluralità di reati: alcune proposizioni*, in *SI* 2002, 893. A proposito della valorizzazione del dato empirico nella qualificazione e nella tipicità – tipicità, la cui funzione e il cui significato sono prioritariamente legati all’imputazione penale – ci sembrano adeguate le considerazioni che seguono, tratte dall’opera di Federico Stella: “*ogni descrizione (ogni “descrizione-narrazione” secondo i linguisti) implica il riferimento a “caratteristiche spazio-temporali” tali da consentire l’identificazione dell’evento di cui si tratta: quale che sia, cioè, la funzione letteraria o estetica della descrizione, la sua funzione logica è di consentire l’individuazione del significato di una determinata proposizione, attraverso la identificazione del “materiale esistenziale cui la proposizione stessa si riferisce.*”, da F. Stella, *La descrizione dell’evento*, Milano 1970, 174-5.

<sup>10</sup> Anzitutto, e per chiarezza, facciamo presente che il presente contributo tiene conto esclusivamente del reato complesso cd. in senso stretto, sulla base di un’interpretazione letterale e un’interpretazione logica della legge, suffragate peraltro dall’argomento storico. Sul carattere unico o plurimo della condotta del reato complesso, il cui chiarimento è premessa necessaria alla definizione dell’unitarietà del “fatto” complesso, non solo sul piano normativo, bensì anche su quello “naturalistico”, si sono avvicendate numerose voci della dottrina. A favore di una ricostruzione unitaria T. Delogu, *Reato accessorio e reato complesso*, in *GP* 1947, 223. Diversamente S. Ranieri, *Il reato complesso*, Milano 1940, 34-35 (v. anche 113; 128-129), secondo il quale l’autonomia dei “reati” del reato complesso rimarrebbe inalterata nonostante l’unificazione sul piano legislativo: l’unità giuridica di reato – sostiene l’Autore – “*non significa annullamento, distruzione degli elementi componenti, ma semplice riunione dal punto di vista del diritto in una sola figura criminosa*”; il fatto che i reati singolarmente richiamati nella fattispecie di reato complesso subiscano la sua disciplina non rappresenta una ragione sufficiente per sostenere che essi “*vi si trovano distrutti*”. Del resto, l’Autore riconduce il reato complesso al concorso apparente di norme, e in particolare al criterio della consunzione (p. 156). Si veda anche, dello stesso Autore, S. Ranieri,

3.1. Il primo quesito a cui dare risposta è dunque il seguente: il riferimento al reato pone problemi di qualificazione? E preliminarmente ci si domanda: quale significato può essere attribuito a questo termine?<sup>11</sup>

Alla qualificazione, in questo scritto necessariamente *penale*, possono essere attribuiti due diversi significati: uno relativo alla norma penale come articolata composizione di proposizioni giuridiche, e un altro concernente la concreta individuazione della *regula iuris* per il caso da giudicare<sup>12</sup>.

Questa distinzione permette di rintracciare il doppio volto delle operazioni di “nomenclatura”<sup>13</sup> giudiziali, non soltanto circoscritte all’individuazione della portata semantica della fattispecie penale che, insieme alla correlata cornice edittale, concorre a definire l’area della punibilità che

---

*Sull’interpretazione ed applicazione dell’art. 589 primo capoverso modificato*, in *Scuola positiva* 1971, 133. *Contra* V. Spiezia, *Il reato complesso*, Udine 1937, 24-26 e 40, il quale, distinguendo le *azioni* dai *fatti*, riconosce che alla base del reato complesso può esservi una pluralità di azioni sul piano concettuale, poiché ciascun segmento dello svolgimento esecutivo della condotta è concettualmente riconducibile ad una fattispecie legale; ma questa pluralità svanisce sul piano empirico, giacché ciascun segmento rappresenta nient’altro che un *mezzo* – l’espedito funzionale – della condotta per intero (quella che la norma considera appunto nella sua unitarietà): “*le azioni, quindi, che entrano nell’economia di un reato complesso, anche se concettualmente scindibili si da costituire ciascun reato, sono naturalisticamente inscindibili e come tali debbono essere considerate dal legislatore, il quale anche nella creazione del modello normativo deve tenerle unite*”. In senso analogo, M.B.A. Comneno, *Il reato complesso*, Roma 1954, 34-35, ove si precisa che il reato complesso non è successione di attività antiggiuridiche – come ricorre per esempio nel reato progressivo – bensì “*pluralità di atti in una sola azione*” (p. 51). Si veda anche G. Leone, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli 1933, 323 ove chiaramente si afferma che nel reato complesso la condotta è una sola e, pur violando essa diverse norme, riceve punizione sulla base di una sola disposizione (quella a previsione del reato complesso), “*la quale assorbe, consuma, distrugge, le norme dei singoli reati*”. A conferma della tesi dell’inscindibilità del reato, l’Autore richiama anche i Lavori Preparatori con riferimento all’art. 170 Cp: “*siffatte norme non sono che logiche conseguenze del principio della unicità giuridica del reato complesso, nel quale i diversi reati che lo compongono assumono qualità di elemento costitutivo o di circostanza aggravante. Se, infatti, essi perdono ogni loro autonomia, e convergono verso una unica figura criminosa, incorporandovisi, è ovvio che, lungi dal trasferire a questo la propria disciplina, essi debbano subire il regime e l’ordinamento del reato nuovo e diverso sorto sulla loro base*” (da Lavori Preparatori, vol. V, parte I, n. 98, p. 139, ivi richiamati a p. 371, nota 1). Come si evince, secondo le ricostruzioni degli Autori richiamati, il significato dei termini impiegati assume anch’esso un differente tenore: si faccia appunto il caso dell’“azione” spesso usata in senso a-tecnico per fare rinvio ai “segmenti” della condotta, così in V. Spiezia, *Il reato complesso*, Udine 1937, 24. A sostegno dell’individualità e dell’autonomia del reato complesso, la cui *ratio* consiste nella “*speciale ragione di prevalente tutela*” dell’obiettività giuridica del delitto che prevale, segnaliamo il contributo di S. Piacenza, *Nozione e contenuto del reato complesso*, in *RP* 1936, 960-961, anche 964 e 968. Cfr. anche S. Piacenza, *Aspetti sempre nuovi di un problema che non si esaurisce: reato unico o reati plurimi*, in *GP* 1949, 689 ss.

<sup>11</sup> Il termine trova autonoma trattazione in letteratura, da un lato, nel diritto privato internazionale, a definizione del procedimento interpretativo diretto a “*determinare l’oggetto di una qualsiasi regola giuridica*” (con la qualificazione si individuano, infatti, i “*tipi*” delle fattispecie, cioè la sfera di applicazione della norma); dall’altro, all’interno della logica giuridica, alla quale appartengono le questioni relative alla dinamica interna alla norma giuridica come insieme di proposizioni. Dall’esame delle diverse definizioni si comprende che la sostanza di tale concetto è in fondo legata ad un problema di imputazione (quella del caso da giudicare al suo regime giuridico) e che essa descrive un processo selettivo. Con riguardo alla qualificazione nel diritto privato internazionale v. G. Barile, *Qualificazione (dir. int. priv.)*, in *ED*, XXXVIII, 1987, 1 ss. L. De Finis, *Qualificazione*, in *NssDI*, XIV, 1968, 628 ss. Sulla qualificazione come problema di teoria del diritto, v. per tutti A. Catania, *Qualificazione giuridica (teoria generale)*, in *ED*, 1993, 1 ss.

<sup>12</sup> La distinzione ora proposta è concettualmente prossima a quella tra “*struttura*” e “*funzione*” della norma penale; per una lettura della qualificazione penale in relazione alla “*struttura*” della norma incriminatrice, v. B. Petrocelli, *Reato e punibilità*, in *RIDPP* 1960, 690. In A. Catania, *op. cit.*, si distingue tra qualificazione di primo livello, concernente le attività dei giudici, e quella di secondo livello, inerente al rapporto tra comportamenti e diritto.

<sup>13</sup> L’espressione viene mutuata da N. Irti, *Note per uno studio sulla nomenclatura giuridica*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.* 1967, 268, ove la nomenclatura giuridica viene esaminata nelle sue diverse accezioni (rispettivamente sotto il profilo teorico e sotto quello pratico).

la norma incriminatrice delimita, bensì anche orientate ad assegnare al fatto una rilevanza penale, con conseguente individuazione delle specifiche conseguenze sul piano trattamentale. La qualificazione, del resto, può ritenersi un'operazione fin dal principio orientata all'imputazione e da essa condizionata<sup>14</sup>.

Essa verrebbe in particolare a consistere nell'estrapolazione, dalla casistica evocata dal dato descrittivo della fattispecie (o di un suo elemento), di quanto appaia più adeguato a rispondere alle esigenze di disciplina in essa regolate, soprattutto quando la lettera della legge sembri dischiudere plurime alternative<sup>15</sup>.

Ora, si potrebbe osservare che non vi è reale differenza tra le due sopra richiamate letture della qualificazione, poiché essa è nel procedimento penale per sua natura finalizzata a stabilire la rilevanza penale di un fatto.

Tuttavia, non mancano esempi di “separazione” concettuale tra questi due momenti: basti pensare, infatti, alle ricostruzioni ermeneutiche e dogmatiche per le quali sarebbe possibile concludere per la non punibilità del fatto tipico, quando privo della gravità necessaria a far sì che possa considerarsi, altresì, offensivo (è quanto accade, ad esempio, ricorrendo all'interpretazione teleologica o aderendo alla teoria della cd. concezione realistica di reato<sup>16</sup>). Secondo tale prospettiva la valutazione di conformità del fatto prescinde da considerazioni relative alla disciplina sanzionatoria (intorno alla quale ruotano, invece, i giudizi di proporzionalità, di offensività e, in senso lato, di gravità) e la nozione di tipicità, che ne costituisce il presupposto, appare, dunque, alla fine ristretta all'attività di denominazione del fatto. Ammettere la non punibilità del fatto tipico perché inoffensivo (o perché lo è “troppo poco”, come per l'art. 131-*bis* Cp) implica una premessa implicita: un conto è dare al fatto un nome, altro è attribuirgli una pena<sup>17</sup> (due procedimenti mentali, del resto, del tutto diversi).

Tornando dunque alla domanda iniziale, si tratta di capire se “qualificare” un fatto significhi assegnargli rilevanza penale, e se questa rilevanza possa dirsi integrata quando la sua conformità alla fattispecie legale si risolva in un'operazione ermeneutica diretta a rintracciare la corrispondenza tra dato letterale e dato naturalistico; oppure se la semplice ricostruzione descrittiva in sé non basti, dovendosi piuttosto verificare se al fatto riconducibile alla fattispecie astratta possa essere applicata anche una pena. Si tratta, a conti fatti, della stessa dicotomia sottesa alla nozione di “rilevanza giuridica”<sup>18</sup> (in questa sede, più precisamente “penale”), della

<sup>14</sup> Questa è la lettura datane dal Kelsen, alla quale si ritiene di aderire. Si veda sul tema A. Catania, *op. cit.*, 1.

<sup>15</sup> Con ciò intendiamo riconoscere che la qualificazione, come operazione concettualmente legata a quella di imputazione penale, implica necessariamente un momento “valutativo” che precede la scelta della soluzione più “adeguata” al caso. Ma tale valutazione non assume alcuna rilevanza giuridica, poiché appartiene ancora alla fase ermeneutica. Ciò potrebbe accadere sia anche quando si tratti di scegliere tra plurime disposizioni appartenenti a diversi ordinamenti. Tratta di una distinzione analoga, sebbene con riferimento ad un diverso argomento e con diverse ricadute, A. di Martino, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in *www.archiviopenale.it* 2018, 12. Ad alimentare le riflessioni sopra esposte anche i passaggi dedicati all'approccio interlegale ai temi della tipicità, secondo quanto descritto in J. Klabbers – G. Palombella, *Introduction*, in *The Challenge of Interlegality*, a cura di J. Klabbers, G. Palombella, Cambridge 2019, 3. Si veda anche A. di Martino, *Dalla regola per il caso al caso della regola*, in *L'era dell'interlegalità*, a cura di E. Chiti, A. di Martino, G. Palombella, Il Mulino 2021, 73.

<sup>16</sup> Per tutti si rinvia a M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano 1987, 434.

<sup>17</sup> A tale dicotomia sembra corrispondere la diversità di approcci al tema dell'interpretazione, che a sua volta indizia una differenza di tipo epistemologico, come segnalata da L. Ferrajoli, *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in *Riv. Int. Fil. dir.* 1966, 301. Tale dicotomia è ripresa, ancorché con particolare riferimento al rapporto tra “fatto” e “diritto”, rispetto all'oggetto del giudizio, da A. Nasi, *Sistema processuale, oggetto del processo ed epistemologia giuridica*, in *Riv. Int. Fil. dir.* 1966, 317.

<sup>18</sup> Per un'analisi della nozione, e per il ricco compendio bibliografico, facciamo rinvio a N. Irti, *Rilevanza*, in *NssDI*, XV, 1957, 1094 ss. e A. Falzea, *Rilevanza giuridica*, in *ED*, XL, 1989, 900-901, ove si mette in luce come il principale interrogativo sulla nozione di rilevanza è di capire se questa corrisponda o meno alla produzione degli

quale sono state formulate diverse versioni, sulla scorta essenzialmente della distinzione tra validità ed efficacia, di cui ampiamente si tratta nella dottrina del concorso apparente di norme<sup>19</sup>.

Senza poter qui troppo estendere lo spettro d'indagine – che comporterebbe un ampliamento della trattazione anche ai temi limitrofi dell'antigiuridicità e, ancor prima, ad alcuni preliminari problemi di teoria della norma – si rileva qui soltanto che l'esame delle questioni legate al reato complesso offre l'opportunità, anzitutto, di apprezzare la distinzione di piani che abbiamo sopra richiamato, e di considerare, inoltre, benché qui in via del tutto incidentale, che tale distinzione disvela una diversità di approccio alla tipicità, sia sul piano metodologico, che epistemologico.

Infatti, quando si pensa alla qualificazione in termini di determinazione della potenziale punibilità di un fatto, già sul piano astratto, ci si sta riferendo ad una nozione di tipicità che più risponde alle esigenze operative della logica giuridica e dell'imputazione (si guarda, cioè, all'accertamento del fatto in relazione alle esigenze punitive che scaturiscono dalla dinamica

---

effetti della norma penale, venendo così a coincidere con il concetto di efficacia giuridica. Di qui, gli stretti rapporti con il concetto di punibilità, estremamente dibattuto, a partire dalla ben nota questione della sua collocazione dogmatica. L'argomento va oltre i limiti imposti dagli scopi di questo scritto, per un approfondimento del quale segnaliamo, piuttosto, pochi ed essenziali riferimenti sui possibili modi d'intendere tale "categoria". Uno di questi si basa sull'idea (definita "*un po' vetusta*") dell'indissolubilità tra precetto e sanzione, come illustrato da G. De Francesco, *Punibilità*, Torino 2016, 2 ss., in cui sono compendiate i principali indirizzi sul tema. Tale concezione, debitrice ad un approccio logico al diritto, è accolta, in effetti, dagli Autori meno recenti, tra i quali si distinguono, in particolare, B. Petrocelli, *Reato e punibilità*, *op. cit.*, 669 e Art. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, in *Opere giuridiche*, I, Roma 1932, 67-68. Secondo tale approccio la norma penale dev'essere considerata nella sua dimensione "astratta": di proposizione prescrittiva fondata sul nesso condizionalistico tra parte precettiva e parte sanzionatoria ad essa interne. Così intesa, la punibilità astratta si distingue nettamente dalla punibilità in concreto, corrispondente all'applicazione della pena. In particolare, si veda nuovamente B. Petrocelli, *Reato*, *cit.*, 683-685, ove la punibilità in astratto viene definita nei termini (normativi) di "*astratta riferibilità della sanzione penale ad un fatto (senza la quale il reato non sorge, anzi non è concepibile)*", da tenersi dunque distinta dall'effettiva applicazione della pena, che interessa, piuttosto, la politica criminale, non già la logica giuridica (p. 683). Per una simile distinzione, C. Loasses, *La "non punibilità" nel codice penale italiano*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno* 1936, 3 e 12. Fa riferimento ad una terza categoria G. Ruggiero, *Punibilità*, in *ED*, XXXVII, 1988, 1122-1124 ss., che tiene distinte punibilità *astratta*, *concreta* ed *effettiva* (quest'ultima da intendersi come corrispondente al massimo grado di efficacia raggiunto con la sentenza irrevocabile, 1136-7; 1140). Rilievi critici all'impostazione richiamata in G.D. Pisapia, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in *Riv. It. Dir. Pen.* 1952, 21. La disputa (antica) a proposito della collocazione dogmatica della categoria in parola – tra i contributi più risalenti cfr. F. Alimena, *Illiceità obiettiva e punibilità*, in *Riv. It. Dir. Pen.* 1935, 706 – è tutt'oggi non del tutto sopita. Del resto, se venisse ancorata al rapporto tra precetto e sanzione penale, la punibilità non potrebbe essere concettualmente separata dall'antigiuridicità, di cui, anzi, rappresenterebbe il più immediato riverbero ("*la punibilità in quanto attua nel campo penale il generale principio dell'inscindibile legame fra la sanzione e l'illecito, non può essere concepita altrimenti che come il modo di essere dell'antigiuridicità penale*", così in B. Petrocelli, *Reato*, *cit.*, 696. D'altra parte, l'Autore rappresenta l'antigiuridicità come "*nota che investe di sé ogni parte del reato, onde bene essa può definirsi, sotto questo aspetto, il carattere che un fatto assume allorché riunisce in sé tutti i coefficienti atti a produrre il contrasto con la norma e gli effetti giuridici da essa stabiliti*", così in B. Petrocelli, *Antigiuridicità*, Padova 1955, 4; in senso analogo, nuovamente, cfr. anche Art. Rocco, *op. cit.*, 474). Diversa la posizione di chi, pur riconoscendo alla punibilità di essere "carattere" del reato, tiene quest'ultima distinta dall'antigiuridicità che, invece, sarebbe suo elemento essenziale costitutivo, dotato di propria autonomia (così, ad esempio, nel dibattito più risalente, per G. Bellavista, *Punibilità ed antigiuridicità nella dogmatica e nella sistematica del diritto penale*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno* 1937, 366 e 1938, 567). Nel dibattito odierno, quando non venga identificata come quarto elemento del reato (così, essenzialmente, per G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Milano 2023, 499 ss.), la punibilità viene altresì ricondotta all'interpretazione, e, più in particolare, alla funzione teleologica dell'attività ermeneutica, cfr. G. De Francesco, *op. cit.* al quale si rinvia nuovamente, altresì per il ricco patrimonio bibliografico.

<sup>19</sup> Cfr. in particolare F. Mantovani, *Concorso*, *cit.*, 64 ss., 697 ss.

interna alla norma penale); invece, quando il riferimento va al materiale linguistico che compone la fattispecie, si opta per un'alternativa nozione di tipicità che, fatta corrispondere all'oggetto dell'attività interpretativa, esalta al massimo grado la cifra testuale della norma giuridica e le potenziali rappresentazioni del fatto che il richiamo testuale è in grado di evocare<sup>20</sup>.

Assumendo allora a premessa che questa distinzione possa considerarsi valida, il riferimento al "reato" all'interno dell'art. 84 Cp – o come elemento tra gli elementi costitutivi, o come circostanza – pone un problema di qualificazione<sup>21</sup>? Più precisamente, si riferisce ad un accadimento del quale debba essere accertata la punibilità – cioè, a un reato a tutti gli effetti, che resterebbe tuttavia, "assorbito" nel reato complesso, secondo le logiche di un concorso apparente – o invita l'interprete a far riferimento solo alla capacità evocativa del contenuto lessicale del precetto, senza in alcun modo presupporre un qualche tipo di concorso tra il reato complesso ed altri "reati" integralmente tali?

Si potrebbe rispondere, anzitutto, e ritornando al tenore letterale dell'art. 84 Cp, che la formula "*la legge considera*" sembra riferirsi ad un diverso modo d'intendere ciò che il legislatore ha altrove appellato "reato", e sembra, così, semplicemente assegnare al reato-elemento costitutivo e al reato-circostanza aggravante del reato complesso un significato diverso da

---

<sup>20</sup> La dicotomia sopra illustrata sembra richiamare, pur non coincidendovi del tutto, la classica distinzione tra nozione statica e nozione dinamica di tipicità, cfr. sul punto G. Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova 1930, 86 ss. e A. Gargani, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano 1997, 14 ss. ove con il primo termine si suole fare riferimento alla fattispecie penale astratta, e con il secondo al procedimento di sussunzione del fatto concreto sotto il modello legale. Qualche osservazione critica sulla confusione tra i profili di *tipicità* e *conformità al tipo* (in quanto appartenenti a due piani logicamente distinti), in B. Petrocelli, *Riesame degli elementi del reato*, in *RIDPP* 1963, 344-345. La nozione dinamica di conformità al tipo sembra presupporre che dallo schema della norma astratta si passi alla concreta riferibilità della pena ad un soggetto – cioè che dalla *imputabilità* si passi all'*imputazione*, così C. Loasses, *op. cit.*, 7 – ma sembra possibile riferire concettualmente questa "dinamicità" già ad uno stadio anteriore, da ricondurre al meccanismo interno alla norma penale (fondato sulla sequenza astratta precetto-sanzione). Così sembra doversi intendere, dunque, la qualificazione: come un'operazione di "attivazione" della norma penale rispetto al caso concreto, resa possibile dalla preliminare valutazione di punibilità del fatto, contenuta, in astratto, nella norma penale. In questi termini è facile comprendere l'accostamento tra antiggiuridicità (come relazione di contrarietà al diritto) e qualificazione (rinviando sul tema alla nota che segue). L'antigiuridicità è del resto stata definita come figura di qualificazione (ciò, tuttavia, mantenendo come premessa un approccio logico al tema): "*idonea ad esprimere in termini generali la diversa reazione della norma (ossia il prodursi o meno della sanzione) nei confronti di ogni possibile comportamento umano*", così in M. Gallo, P. Severino, *Antigiuridicità penale*, EG, Roma 1988, 1. Paiono interessanti i riferimenti al tema contenuti in B. De Giovanni, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli 1958, 81, che, seppur con riferimento al negozio giuridico, afferma che "*non esiste un'individualità del fatto per sé stante rispetto alla qualificazione dell'ordinamento, ma previsione (descrittiva) della tipicità e sua qualificazione operano in un medesimo ambito logico o, per dir meglio, pur distinguendosi logicamente, dipendono dalla stessa forza esclusiva dell'ordine giuridico*".

<sup>21</sup> A mettere in luce il legame tra le nozioni di punibilità in senso "astratto" - una nozione che, come visto (cfr. nota 15), viene fatta coincidere con l'antigiuridicità - e di "qualificazione", si veda nuovamente B. Petrocelli, *Reato*, *cit.*, 690, ove s'illustra che, essendo la qualificazione giuridica un dato per sua natura normativo, essa appartiene al momento della punibilità astratta. Di conseguenza, solo incidendo sull'astratta configurazione attribuita ad un fatto può aver luogo l'eliminazione della qualifica di illecito (per es. per novazione legislativa, anche da intendersi come estinzione della norma penale) e non già per l'estinzione del reato ("*come è nel momento dell'astratta configurazione che ad un dato fatto si attribuisce, con la minaccia della sanzione, la qualifica di illecito, così è solo in relazione a questo momento che può aver luogo la eliminazione della qualifica stessa [...]. Se così è, una estinzione che, in dipendenza di fenomeni appartenenti al secondo momento, si voglia riferire alla qualificazione giuridica non sembra ammissibile. Le vicende che dopo il verificarsi subiscono i fatti preveduti come reato, e il trattamento giuridico che, in dipendenza di date circostanze, ad essi può riservare la legge, non hanno logicamente possibilità di controagire, o retroagire, sulla qualificazione giuridica, la quale si afferma e si risolve su un piano diverso (ed anteriore) da quella in cui agisce la potestà punitiva*").

quello che tale “reato” avrebbe ove, preso nella sua dimensione individuale, coincidesse appunto con una fattispecie autonomamente sanzionata, di cui dover accertare la punibilità.

La formula adottata dal legislatore sembra proporre, cioè, una sorta di trasposizione della sola parte descrittiva (e iconografica)<sup>22</sup> della fattispecie, posto che ciò che in un luogo è “reato”, e in altro diventa “elemento costitutivo”, impone di ritenere del tutto indifferente, ai fini della sussistenza dell’elemento costitutivo o della circostanza aggravante del reato complesso, qualsivoglia considerazione circa la punibilità della condotta ad altro titolo.

Si faccia l’esempio della “violenza” nel delitto di rapina, l’ipotesi tipica di reato complesso. Premesso che la “violenza” di cui all’art. 628 Cp deve fare necessariamente rinvio ad un “reato” del codice penale, come richiesto dall’art. 84 Cp, si tratta di capire se tale rinvio presupponga l’esistenza di una fattispecie in cui la violenza esaurisca e completi il disvalore che il legislatore ha scelto di punire, rendendo potenzialmente applicabile la sanzione per essa prevista, oppure se il riferimento alla violenza possa dirsi esteso anche ai casi in cui questa compaia alla lettera tra gli elementi costitutivi di altre fattispecie, senza tuttavia esaurirne la dimensione tipica e senza, dunque, essere sufficiente ad azionare la “punibilità”, essendo piuttosto un’espressione (di violenza), tra le tante.

Nel primo caso, ci si dovrebbe concentrare soltanto sulle ipotesi di violenza-fine, in cui, cioè, la violenza viene punita di per sé, come nel delitto di percosse *ex art. 581 co. 2 Cp* (disposizione che, non a caso, espressamente stabilisce tale corrispondenza). A voler estendere il riferimento alla violenza invece – come in effetti accade nella prassi e nella letteratura penalistica<sup>23</sup> – alle fattispecie in cui questa costituisce una particolare modalità di condotta di un altro reato, anche la violenza privata potrebbe ritenersi compresa nel novero dei “reati” oggetto di rinvio (e così anche, per esempio, potrebbero rientrarvi la violenza sessuale o l’estorsione).

3.2. Una simile distinzione di piani può ritrovarsi anche rispetto al caso giurisprudenziale che abbiamo colto a pretesto per le presenti riflessioni. Qui si poneva infatti il problema di capire il significato della disposizione di cui all’art. 576 n. 5.1. Cp, a previsione di un aggravamento di pena quando il fatto sia commesso “*dall’autore del delitto previsto dall’art. 612-bis nei confronti della stessa persona offesa*”.

Ci si potrebbe chiedere, come del resto si è fatto nel susseguirsi di pronunce che hanno condotto al terzo grado di giudizio, se il riferimento all’autore del delitto di atti persecutori implichi necessariamente la loro realizzazione contestuale al fatto di omicidio, o se sia sufficiente la medesimezza del soggetto come autore di entrambi i delitti, la cui commissione può avvenire, tuttavia, anche in tempi e contesti diversi.

<sup>22</sup> M. Papa, *La tipicità iconografica delle fattispecie e l’interpretazione del giudice. La tradizione illuministica e le sfide del presente*, in *Per un manifesto del neo Illuminismo penale: libertà individuali e principi penalisti, libertà individuali e nuove morali di Stato, il diritto penale economico in tempo di crisi, la questione dei reati associativi*, a cura di G. Cocco, Padova 2016, 149 e ss.

<sup>23</sup> Cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale, I delitti contro il patrimonio*, II, Bologna 2015, 122-3. *Contra*, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale, I delitti contro il patrimonio*, II, Padova 2021, 108, ove si esclude la violenza privata (art. 610 Cp) tra le componenti del reato complesso, tra i quali ricorrerebbe un rapporto di genere a specie. Per la stessa tesi, v. anche F. Cingari, M. Papa, A. Vallini, *Lezioni di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Torino 2022, 56. Si veda anche, per un riferimento all’opinione corrente in giurisprudenza, E. M. Ambrosetti, *sub art. 84 c.p.*, in *Codice Penale Commentato* a cura di M. Ronco, B. Romano, *online*. Diversamente in F. Palazzo, R. Bartoli, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2023, 518. Per una sinossi sulle diverse alternative, cfr. D. Brunelli, *Rapina*, in *DDP*, XI, 1996, 16-17 e V. Zagrebelsky, *Rapina*, in *NssDI*, XV, 1957, 770. Relativamente ai problemi applicativi derivanti dall’eccesso della condotta violenta, cfr. G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, Forme di manifestazione*, Torino 2018, 603-604. Si veda anche E.M. AMBROSETTI, *op. cit.*

Nella sentenza delle Sezioni Unite si avalla una lettura che considera necessaria la commissione degli atti persecutori almeno contestuale a quella del delitto di omicidio, di cui i primi costituirebbero, del resto, un'aggravante. Non sarebbe congruo invece, per una serie di ragioni esplicate in sentenza e facilmente intuibili, ritenere che l'applicazione della circostanza venga subordinata alla sola condizione che l'autore del delitto di omicidio sia stato altresì autore della fattispecie di cui all'art. 612-*bis* Cp, verso la stessa vittima e indipendentemente dal contesto cronologico-temporale degli accadimenti.

Ebbene, il solo fatto che abbia potuto porsi una questione interpretativa sul grado di estensione della lettera della fattispecie – e che il quesito, più nello specifico, abbia potuto essere formulato pressoché in questi termini: “è necessaria la realizzazione del fatto tipico richiamato nella fattispecie circostanziale (qui l'art. 612-*bis* Cp), oppure se ne può prescindere, essendo sufficiente che il delitto di omicidio sia stato perpetrato dallo stalker della stessa vittima?” – sembra farci capire che la funzione esercitata dal rinvio ad altro reato, tra gli elementi costitutivi o accessori del reato complesso, non consista nell'individuare una fattispecie autonomamente punibile, ma sia, in realtà, “evocativa”; si potrebbe addirittura dire “indiziaria”, poiché utile essenzialmente ad aprire uno scorcio sui tipi di offesa latamente riconducibili alla fattispecie richiamata, senza tuttavia necessariamente integrarla sul piano formale. Al di là, insomma, dell'interpretazione poi in concreto preferita dalle Sezioni Unite, la circostanza in sé che siano state prospettate queste alternative letture del riferimento all'art. 612-*bis* Cp dimostra che tale rinvio può non tradursi in un problema di qualificazione giuridica in senso “autentico”, bensì porsi in un momento antecedente, dove nascono, piuttosto, questioni interpretative: legate, cioè, alla necessità di individuare, muovendo dal piano della rappresentazione astratta, tutta la varietà di casi, dal confronto dei quali si sviluppano le attività di accertamento e di “nomenclatura giuridica”.

Dall'esempio offertoci dalla pronuncia presa in esame possiamo trarre indiretta conferma di come, nel reato complesso, il riferimento ad altro “reato” possa in realtà avere il solo scopo di “risvegliare” una casistica riconducibile alla fattispecie alla quale vien fatto rinvio, senza che ciò debba implicare una vera e propria sussunzione sillogistica.

In definitiva, si potrebbe ritenere che, quantomeno nelle ipotesi in cui il rinvio testuale ad altro reato dia accesso ad un variegato scenario di fattispecie – come può essere il caso, appunto, delle diverse espressioni della violenza e delle diverse letture che, come visto, possono essere date agli atti persecutori – tale rinvio non debba considerarsi circoscritto a quelle soltanto in cui la descrizione di una certa quota del fatto del reato complesso integri un reato a sé stante; bensì possa includere anche quelle fattispecie in cui detta quota semplicemente concorra a connotare la condotta tipica di un reato ricco di altri elementi, e punito a titolo diverso.

In quest'ultima ipotesi, peraltro, e riprendendo la nozione di “violenza” presa in esame in precedenza, potrebbe senz'altro porsi il problema di individuare il confine tra ciò che può rappresentare una violenza effettivamente strumentale alla realizzazione dei presupposti del reato complesso e ciò che, oltrepassando tali argini, verrebbe piuttosto a coincidere con altre fattispecie di reato, aprendo le porte, in potenza, all'applicazione del concorso di reati (come nel classico esempio, spesso richiamato dalla manualistica, della rapina perpetrata con percosse che trasmodano in lesioni), se non addirittura di un reato soltanto, ove disciplinato più gravemente (come accadrebbe applicando il sequestro di persona rispetto alla condotta di chi abbia privato taluno della capacità di agire per un lasso di tempo superiore a quello necessario alla consumazione del delitto di rapina aggravato *ex art.* 628 co. 3 n. 2 Cp, il quale appunto risulterebbe assorbito nella sua stessa aggravante)<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Così in Cass. 8.1.2014 n. 3604.

Come si vedrà più oltre, la questione relativa alla sussistenza del solo reato complesso (della fattispecie, cioè, che ne ricalca i requisiti) viene risolta tenendo conto del legame di stretta necessarietà che avvince, sul piano empirico, gli elementi costitutivi di questa particolare fattispecie. La verifica di questo nesso passa, infatti, inevitabilmente da una valutazione di proporzione e di adeguatezza che conferisce alla condotta del reato complesso una fisionomia del tutto peculiare, in grado di bastare alla configurazione unitaria del fatto anche quando questo appaia scomponibile in più fattispecie, così da poterne escludere la rilevanza.

Così, rispetto all'esempio della rapina perpetrata sorprendendo la vittima con un inaspettato palpeggiamento – fattispecie che potrebbe far sorgere il dubbio circa l'applicazione (ulteriore) dell'art. 609-bis Cp – si potrebbe ritenere senz'altro sufficiente il solo addebito per il delitto di rapina, poiché la violenza diretta contro la persona offesa non solo non sembra superare i limiti di quanto strettamente necessario alla successiva parte della condotta (quella sottrattiva); bensì, e proprio in conseguenza di questa valutazione di proporzione, potrebbe anche facilmente essere annoverata nella casistica delle condotte violente strumentalmente adeguate alla realizzazione di tale delitto.

Il problema dell'estensione del riferimento testuale ad altro "reato" anche a casi in cui tale riferimento non esaurisca in sé una fattispecie autonoma, bensì solamente concorra alla determinazione della condotta tipica di un altro reato, può dunque essere risolto tenendo conto di come il fatto si svolge sul piano empirico-naturalistico.

Solo nei casi in cui, nei fatti, si registri un'evidente sproporzione nel legame che avvince un segmento e l'altro della condotta – una sproporzione che quindi spezza tale nesso di strumentalità – sarà possibile escludere la sussistenza dell'unica (e unitaria) fattispecie di reato complesso. Negli altri casi, invece, sembra che, ammesso che il rinvio ad altro reato abbia valenza di mero ausilio interpretativo, l'originaria unitarietà del reato complesso non possa esser seriamente negata.

Indiretta conferma di tale lettura può essere tratta, inoltre, da un ulteriore argomento, per il vero spesso richiamato: vale a dire il secondo comma dell'art. 170 Cp, a tenore del quale *"la causa estintiva di un reato, che è elemento costitutivo o circostanza aggravante di un reato complesso, non si estende al reato complesso"*. Posto, infatti, che le cause estintive del reato possono incidere solo sull'effettiva (o concreta, che dir si voglia) punibilità del fatto, se tali vicende estintive in nessuna maniera coinvolgono il reato complesso nella sua totalità, né tantomeno tangono la sanzione per esso prevista, vuol dire che il legislatore ha inteso considerarli indifferenti e irrilevanti ai fini della punibilità di tale reato.

Le ragioni possono essere due: o la "sorte" dei reati richiamati nella fattispecie di reato complesso non intacca la punibilità della fattispecie nella sua totalità perché tali reati vivono di vita propria come autonomi fatti punibili; o, al contrario, proprio perché le cause estintive investono la punibilità in concreto del fatto di reato e che, secondo il tenore dell'art. 170 Cp tale effetto giuridico non si propaga all'intero reato complesso, ciò vale quanto dire che i reati in esso richiamati devono più plausibilmente ritenersi parti di un "tutto", prive di una propria autonoma rilevanza, e piuttosto necessarie alla determinazione dell'unica vicenda suscettibile di pena: quella, cioè, rappresentata dal reato complesso nella sua interezza<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> M. Gallo, *Le forme del reato*, Torino 1967, 77, ove, con riferimento ai reati richiamati nel reato complesso, si afferma che *"le due condotte considerate autonomamente posseggono una loro tipicità, ma se vengono realizzate contestualmente la tipicità deriva dalla terza figura di cui sono elementi costitutivi. Non più quindi due condotte tipiche, ma una condotta tipica complessa. L'autonomia della figura risultante implica tutte le conseguenze possibili"*. Tra queste – si potrebbe osservare – non appare contraddittoria con le premesse ora esposte la disciplina ex art. 131 Cp, riferito alla procedibilità d'ufficio: ad un aspetto, cioè, diverso dalla qualificazione. Indiretta conferma delle medesime conclusioni potrebbe essere ricavata, altresì, dall'art. 301 co. 3 Cp che esplicitamente deroga all'art. 84 Cp nei casi ivi richiamati, consentendo l'applicazione del concorso di reati.



Inoltre, anche ove l'espressa esclusione dal concorso di reati, sul piano trattamentale, sottendesse l'appartenenza del reato complesso al limitrofo ed alternativo istituto del concorso apparente di norme, il risvolto pratico della loro rilevanza penale, in termini di efficacia, andrebbe a rigore comunque perduto, poiché, come accade con l'art. 15 Cp, solo una fattispecie (non già più d'una) troverebbe infine applicazione<sup>26</sup>. Sennonché la prassi, come anticipato, tende a far derivare dalla cd. tipicità unitaria sopravvenuta (e non originaria), alcune discutibili soluzioni applicative (come quella diretta a "far rivivere" le fattispecie soccombenti quando la prevalente non trovi applicazione).

3.3. Quanto appena esposto impone di chiarire in quali termini si ponga una simile lettura della tipicità del reato complesso rispetto al reato cd. eventualmente complesso, a cui viene da taluno fatta corrispondere<sup>27</sup>.

Senza alcuna pretesa di completezza, ci si limita a considerare che, posto che anche il reato eventualmente complesso pone problemi interpretativi che nascono dal tenore linguistico della fattispecie, esso può rappresentare un buon esempio dal quale trarre ispirazione per riflettere sulla duplice natura della tipicità, che fa da sfondo all'istituto preso in esame.

---

<sup>26</sup> Come già rilevato, la specialità è uno dei criteri attraverso i quali il reato complesso viene generalmente ricondotto al concorso apparente di norme. Non appartiene agli obiettivi di questo scritto sondare l'effettiva riferibilità del reato complesso all'art. 15 Cp, tuttavia si ritiene che ci siano buoni argomenti per sostenere che i due istituti non siano sovrapponibili, anzitutto per ragioni strutturali: il reato complesso, infatti, assume una fisionomia che presuppone un rapporto necessariamente trilatero tra la fattispecie complessa e ciascuna delle singole fattispecie di reato in essa richiamate. La struttura della rapina, per esemplificare, non replica evidentemente la struttura tipica del rapporto tra genere e specie (quella, cioè, in cui la fattispecie speciale contiene tutte le componenti di quella generale con l'aggiunta di una ulteriore), poiché essa risulta dalla "somma" di due diversi elementi. Ciò implica che, se, da un lato, la rapina può dirsi senz'altro speciale rispetto e al furto e alla minaccia, senza dubbio non si potrà affermare che le due fattispecie da ultimo richiamate siano, altresì, singolarmente considerate, generali rispetto alla rapina, la quale risulta, piuttosto, dalla loro combinazione. Ciò che manca al reato complesso, insomma, è la reciprocità – *rectius*, la mutua esclusività – del rapporto biunivoco *genus-species*, necessario all'art. 15 Cp, quantomeno nella sua versione più semplice di specialità "unilaterale" (e ad esclusione, dunque, delle ulteriori versioni della specialità). Benché tali ulteriori varianti della specialità (ci riferiamo alla specialità bilaterale per aggiunta e per specificazione) derivino la propria legittimazione da fonti autorevoli – in particolare G. De Francesco, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano 1980, 8 ss., 60 ss. e 123 – sembrano meritevoli di accoglimento altresì le osservazioni critiche mosse al loro fondamento, cfr. sul punto S. Camaioni, *Specialità e interferenza: appunti sulla comparazione strutturale delle fattispecie nel concorso e nella successione di norme penali*, in *GP* 1992, 236-7. Anche si vedano G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, cit.*, 622, A. Pagliaro, *Principii di diritto penale, parte generale*, Milano 2003, 192-193; e dello stesso Autore, altresì, *Relazioni logiche ed apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *IP* 1976, 221. Ancora, L. Maserà, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, II, Milano 2006, 1162.

<sup>27</sup> V.M. Romano, *Commentario, cit.*, 694, ove sarebbero reati eventualmente complessi quelli in cui, pur presente l'espresso richiamo ad altro reato (come la violenza nella rapina), questo assume i connotati di una vera e propria fattispecie soltanto in determinate concretizzazioni. Anche la giurisprudenza sembra ritenere che il reato eventualmente complesso comunque richieda il riferimento al reato nel testo di legge, non potendosi far dipendere tale modello di reato dalle contingenti e particolari modalità di realizzazione in concreto del fatto tipico: in tanto può aversi reato complesso, insomma, in quanto sia la stessa legge a prevedere un reato come sua eventuale modalità di consumazione (così Cass. 15.5.2008 n. 23666, con riferimento al rapporto tra il reato di riciclaggio e quello di falso documentale *ex artt.* 476 e 482 Cp). In senso analogo, in giurisprudenza, anche Cass. 22.4.2022 n. 17872, ove, con riferimento al ritenuto concorso formale tra delitto di maltrattamenti e lesioni personali, si afferma che per la configurabilità del reato complesso non è sufficiente che le particolari modalità di realizzazione in concreto del fatto tipico determinino un'occasionale convergenza di più norme e, quindi, di concorso di reati, ma è necessario che sia la legge a prevedere un reato come elemento o circostanza aggravante di un altro.

Il reato cd. eventualmente complesso, infatti, si edifica sulla premessa che il reato complesso possa prescindere dal riferimento esplicito ad altre fattispecie incriminatrici, la cui integrazione rappresenta niente più che un mero accidente da collocare nella dimensione storica dei fatti (come nel classico esempio dell'artificio nella truffa, che, pur potendo, non necessariamente comprende anche le condotte di falso)<sup>28</sup>.

Ora, se nel reato cd. eventualmente complesso l'espreso riferimento ad altro reato non è requisito necessario della fattispecie, il problema di capire se il potenziale reato al quale viene fatto implicito rinvio possa assumere una distinta rilevanza (possa essere, cioè, considerato forma di tipicità autonoma) è presto risolto: sembra difficile pensare, infatti, che in mancanza di un espreso riferimento testuale, il falso possa essere inteso quale "reato" interno al (e "assorbito" dal) reato complesso, riconducibile, quindi, al concorso apparente di norme, al quale viene fatto normalmente appartenere. Se il falso ricorresse, dovrebbe aversi piuttosto concorso di reati<sup>29</sup>.

Si potrebbe osservare che, analogamente a quanto in precedenza illustrato con riferimento alla violenza nella fattispecie di rapina, anche la fattispecie di truffa conterrebbe un riferimento capace di offrire uno scorcio sulla variegata tipologia di casi ad essa fenomenologicamente riconducibili: il termine "artificio" potrebbe infatti assolvere quella stessa funzione evocativa rivestita dalla violenza nella rapina e, così, aprire una breccia nella folta casistica di "fatti", alcuni dei quali anche penalmente rilevanti.

Sennonché il significato dell'apparentemente analoga operazione interpretativa è del tutto diverso, giacché, in un caso, si ha un espreso rinvio ad una condotta penalmente sanzionata – seppur in diverse declinazioni – dalla quale trarre una casistica "esemplificativa", diretta a fungere da ausilio ermeneutico per il giudice che debba accertare la condotta del reato complesso nella sua compiutezza; nell'altro caso, si ha un elemento di fattispecie non configurabile in astratto come reato, rispetto al quale risulta pertanto impossibile impostare un raffronto che abbia ad oggetto casi normalmente riconducibili ad una qualsiasi fattispecie penale.

La mancanza di un riferimento in relazione al quale rinvenire i casi che la lettera della legge autorizzerebbe a ritenere penalmente rilevanti priva di senso il rinvio al "reato" tipico del modello di cui all'art. 84 Cp.

In altri termini, muovendo dalle indiscutibili premesse che senza l'espreso richiamo legale non c'è *reato*, si potrebbe addirittura sostenere che il reato eventualmente complesso in realtà non esiste, non solo sul versante applicativo, ma, ancor prima, sul piano della stessa descrizione legislativa, giacché la legge "non lo considera"<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> G. De Francesco, *Diritto penale, cit.*, 605.

<sup>29</sup> Mutuando le parole del Battaglini, in rappresentanza degli altri simili e autorevoli orientamenti, per la sobria chiarezza di pensiero: "L'uso di scrittura privata falsa a scopo di truffa dà luogo a concorso di reati, non a reato complesso; giacché la falsità di cui trattasi non è elemento costitutivo della truffa", in G. Battaglini, *Diritto penale*, Bologna 1937, 286.

<sup>30</sup> In senso conforme, G. De Francesco, *Lex specialis, cit.*, 85. Per gli stessi rilievi si veda A. Vallini, *Concorso di norme e di reati*, in *Le forme di manifestazione del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino 2011, 295 e, altresì, G. Santoro, *Reato complesso e concorso di reati*, in *Rassegna di Studi penitenziari* 1951, 357. In senso contrario L. Bin, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino 2022, 435 che, anzi, riconosce in questa versione del reato complesso l'unico modo per restituire un significato compiuto all'art. 84 Cp, sottraendolo alla censura di essere un mero doppione dell'art. 15 Cp. Dello stesso Autore anche L. Bin, *Il reato eventualmente complesso come (unica) ipotesi di concorso apparente ulteriore rispetto alla specialità. L'esempio del rapporto tra incendio e disastro ambientale*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu) 9.5.2023, 42 ove si riporta l'esempio dell'incendio boschivo aggravato dal disastro ambientale, ad integrazione del quarto comma dell'art. 423-bis Cp, relativo alla circostanza (aggravante) del "danno grave esteso e persistente all'ambiente". Secondo L'Autore l'adeguata valorizzazione del fatto concreto permetterebbe di applicare a questo caso controverso il modello dell'art. 84 Cp venendo così a configurare "un limpido esempio di reato eventualmente complesso, in cui dovrebbe essere applicato – in virtù

Il tema si rende utile in questa sede soltanto ad evidenziare nuovamente che i livelli su cui possono sorgere le questioni legate alla figura del reato complesso sono diversi e potenzialmente in grado di investire la portata delle nozioni di tipicità.

La conclusione intermedia (e provvisoria) alla quale perveniamo potrebbe dunque essere formulata con questi passaggi: fermo restando il rinvio testuale ad altro reato nel reato complesso, tale rinvio serve ad evocare una casistica funzionale alla qualificazione della fattispecie nella sua interezza, più che ad individuare un'ulteriore fattispecie penalmente rilevante con la quale doversi poi confrontare secondo le consuete logiche sottese agli istituti del concorso di norme e di reati. Il rinvio ad altro reato, che soggiace all'accertamento giudiziale, o nelle vesti di elemento costitutivo del reato complesso o in quelle di una sua circostanza aggravante, potrebbe dunque fungere da strumento ermeneutico utile al giudice nel ritracciare le tipologie di condotta più adeguate ad integrare il "fatto tipico complesso". Esso non potrebbe dunque essere considerato alla stregua di un'autonoma fattispecie, perché nel reato complesso tale rinvio è parte di una più articolata serie di elementi, alla luce dei quali ciascuna porzione del reato complesso assume una fisionomia del tutto peculiare e unica, non corrispondente a quella che lo stesso elemento avrebbe in altra fattispecie di reato.

Questo primo assunto consente, inoltre, all'indagine di procedere per apprezzare un ulteriore profilo estremamente utile per l'accertamento della condotta del reato complesso e della sua unitarietà: la considerazione dell'aspetto empirico<sup>31</sup>.

Avendolo già in parte anticipato, vedremo meglio a breve come la decisiva rilevanza assunta dal legame tra i diversi segmenti che compongono il reato complesso emerge tutta "nei fatti", dai quali appunto nascono i requisiti della finalità e della contestualità tutt'ora utilizzati dalla giurisprudenza e di antica origine<sup>32</sup>.

La considerazione del dato empirico, del resto, è preliminare ad ogni operazione di accertamento, nonché elemento necessario ad "attivare" la norma penale, permettendo l'applicazione della pena (in questo caso, quella prevista dall'art. 84 Cp). Benché, infatti, la produzione degli effetti (previsti dalla norma) rappresenti un problema di indole logico-giuridica, è il fatto concreto, tuttavia, a fungere da fattore di mediazione nella qualificazione, la quale non discende soltanto dalla formulazione astratta dal reato, ma è fortemente condizionata anche dalla concretezza del fatto e del "caso" nel quale il primo si rispecchia, pur senza esaurirlo<sup>33</sup>.

---

*dell'art. 84 Cp – soltanto il reato fattualmente continente l'altro, cioè quello ambientale". Si pone un problema analogo – vale a dire di "legalità" – anche rispetto al reato complesso cd. "in senso ampio", sulla cui sussistenza anche si dibatte, e che in questo scritto è stato escluso dall'oggetto d'indagine). Per una disamina del tema facciamo rinvio a V. Reina, *Contributo alla teoria sulla struttura del reato complesso*, in *Annali di dir. e proc. pen.* 1942, 78. Per la configurabilità di questa categoria, sotto le spoglie, tuttavia, del principio di consunzione, cfr., in particolare, S. Prosdocimi, *Reato complesso*, in *DPP*, XI, 1996, 217. In senso analogo, anche E. Contieri, *Sul reato complesso*, in *Foro Penale* 1946, 640. A cavallo tra le questioni ora illustrate si pone la pronuncia Cass. 4.9.2018 n. 39767 relativamente ad un caso di distruzione di cosa propria mediante incendio allo scopo di conseguire l'indennizzo assicurativo, rispetto al quale vengono chiamate in causa le fattispecie di cui agli artt. 423 e 642 Cp. La Corte esclude il reato complesso (che comunque non viene qui inteso "in senso stretto") sul presupposto che non può esservi assorbimento di una fattispecie nell'altra per diversità di beni giuridici. Pur non toccando la sentenza le questioni qui sollevate, è interessante domandarsi se nella nozione di "distruzione" richiesta dall'art. 642 Cp possa considerarsi compresa la combustione dei propri beni generata da incendio.*

<sup>31</sup> Si concorda con la formula a tenore della quale l'unificazione di reati sarebbe "se non proprio ontologica, perlomeno prasseologica", cfr. V.B. Muscatello, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova 2002, 241. Per una valorizzazione del dato empirico come prioritario strumento diretto alla ricostruzione dell'unità di condotta, si richiamano nuovamente i contributi di cui alla nota 7.

<sup>32</sup> Per un *excursus* storico nuovamente L. Bin, *Unità, cit.*, 6 ss.

<sup>33</sup> Sulla mediazione del fatto e sul ruolo da esso assunto nella dinamica interna alla norma, v. N. Irti, *Norme e fatti: saggi di teoria generale del diritto*, Milano 1984, 42-45, con richiamo agli studi di D. Cammarata, *Il "fatto"*

Concentrando dunque l'analisi sul dato storico, si esamina ora il significato dei criteri di contestualità e finalità, richiamati anche nella pronuncia dalla quale abbiamo preso le mosse, per valutare, a questo punto, se, sulla base di tale unitarietà, sia possibile configurare l'art 84 Cp come istituto non solo distinto dal concorso apparente di norme, ma soprattutto svincolato dal criterio (sostanziale) del *ne bis in idem*.

4. Come visto in precedenza, l'unitarietà della condotta del reato complesso, dalla quale vorremmo trarre il carattere originario dell'unitarietà dell'intera fattispecie, può essere accertata solo una volta che venga fatta chiarezza sui criteri dai quali tale unitarietà può essere ricavata.

A questo proposito, e tenuto conto dei passaggi argomentativi della sentenza prima richiamati, sono due i principali parametri considerati ed entrambi traggono il proprio prioritario fondamento dalla logica interna alla norma e dall'esperienza<sup>34</sup>.

Cominciamo dal primo: la contestualità.

4.1. Da quanto affermato dalle Sezioni Unite nella pronuncia presa in esame si ricava che il criterio della contestualità non serve solamente ad identificare un fattore unificante di carattere cronologico-spaziale, rilevabile empiricamente, bensì anche un rapporto di coerenza logica, suggellato nel vincolo strumentale mezzo-fine interno agli elementi che descrivono la condotta e che trovano compiuta realizzazione nella fase esecutiva<sup>35</sup>. Si pensi alle ripetute molestie

---

*nell'esperienza giuridica, in Formalismo e sapere giuridico. Studi, Milano 1963, 285 ss. Benché con più specifico riferimento al concorso di norme, nelle vesti del criterio di specialità, segnaliamo i passaggi che seguono, diretti a valorizzare il dato empirico – e, in particolare, il fatto in concreto – proprio in quanto elemento necessario all'applicazione della norma penale: "parametro, comune e insostituibile, alla stregua del quale il criterio di specialità può operare, in virtù di un rapporto che, pur concepibile in astratto anche senza di quello, soltanto in sua presenza si attualizza e produce l'effetto giuridico del prevalere di una delle norme sulle altre apparentemente concorrenti", cfr. L. Conti, Concorso apparente di norme, in NssDI, III, Torino 1959, 1013 ss. Di grande interesse per la nozione di caso e di "fattispecie concreta" di cui il primo sarebbe "correlato ontico", v. J. Hruschka, La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica, trad. di G. Carlizzi, Bologna 2009, 28-29.*

<sup>34</sup> L'attenzione rivolta alla contingenza del dato empirico porta a considerare principalmente le concrete modalità esecutive dell'azione, da cui dipende l'esistenza della condotta, tanto in natura quanto per il diritto. Sulla valorizzazione degli aspetti dinamici (di "strumentalità") che concorrono alla determinazione del concetto di condotta, vedasi F. Dean, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano 1967, 100, il quale mette peraltro in particolare risalto la cifra teleologica degli elementi costitutivi di fattispecie. Con particolare riguardo alla condotta, si afferma, infatti, che "il suo rilievo è condizionato dall'esistenza di un rapporto strumentale tra le modalità che ne mediano la realizzazione e lo scopo tipizzato in fattispecie e che essa persegue". L'Autore si concentra sugli aspetti funzionali del tipo (appellati "aspetti mediali", secondo un'espressione mutuata dal contributo di M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, in ED, IV, 1959, 165), come requisiti della sua struttura, nonché strumenti utili all'accertamento degli elementi costitutivi (statici) di fattispecie ("anziché predeterminare gli elementi della condotta criminosa per rinviare ad un momento successivo l'accertamento dei loro eventuali collegamenti, talvolta si dimostra più utile ed opportuno prender direttamente le mosse dalla natura di questi collegamenti, dal gioco complesso di queste relazioni per desumere dagli apporti funzionali dei singoli elementi la determinazione del loro contenuto", 13). Ivi si adotta un approccio teleologicamente orientato, che finisce per ricondurre il rapporto di mezzo a fine anche sul terreno degli interessi protetti dalla norma penale. Per una breve sinossi sulle diverse accezioni di condotta, e sulla necessità di tener conto di ciascun criterio utile alla ricostruzione della nozione in esame (naturalistico, teleologico, normativo), cfr. M. Spasari, *Condotta (dir. pen.)*, in ED, VIII, Milano 1961, 839. Per qualche ulteriore spunto sulla rilevanza della concretezza nella delimitazione della tipicità, riprendendo le riflessioni di Federico Stella, cfr. C.E. Paliero, *Le fattispecie «causalmente orientate» sono davvero a «forma libera»? (tipicità e accertamento del nesso di causalità)*, in RIDPP 1977, 1499 ss.

<sup>35</sup> P. Nuvolone, *I problemi del concorso e della connessione nella truffa commessa mediante falso in scrittura privata*, in Riv. dir. pen. 1940, 518, ove, sebbene con riguardo alla connessione teleologica dell'aggravante di cui all'art. 61, nr. 2 c.p., si rileva che il rapporto mezzo a fine – che possiamo applicare anche agli elementi interni

portate avanti dall'imputata, che mantengono i loro tipici connotati persecutori anche quando realizzate a distanza di tempo, ma lungo un'unica direttrice teleologica e verso la medesima persona; o, per fare un altro esempio del tutto irrelato dal caso in esame, ai fenomeni fondati sulla causalità cd. cumulativa, rispetto ai quali il significato della contestualità perde i contenuti strettamente "cronologici" della simultaneità o prossimità temporale, risolvendosi, piuttosto, in un nesso di condizionamento progressivo.

Il "tempo" e lo "spazio" assumono in effetti spessore e decisività se, al loro interno, l'azione si veste di coerenza e continuità<sup>36</sup>, sia rispetto all'oggetto materiale del reato, sia rispetto alle modalità e agli strumenti utilizzati per darne esecuzione, così da poter riscontrare omogeneità nella "tipologia comportamentale" di cui il fatto è espressione<sup>37</sup>.

D'altro canto, l'efficacia interruttiva di un fattore – cioè, la sua capacità di penetrare nell'unicità di contesto, per spezzarla – dipende in larga parte dal grado di analogia di tale fattore rispetto agli elementi che compongono l'azione e che ne specificano le modalità esecutive. Solo, cioè, quando subentra un diverso "*modus operandi*" risulterà più agevole separare l'azione in più segmenti: si è già fatto l'esempio della rapina che muta in furto con lesioni quando l'atto di minaccia o di violenza semplice, come lo strattonamento, trasmoda in una violenza qualificata; ma si pensi anche al furto in abitazione (art. 624-bis co. 1 Cp) che muta in una violazione di domicilio seguita da un incendio colposamente cagionato durante l'atto sottrattivo (art. 449 Cp).

Si è affermato che il nesso di contestualità riferito al reato complesso sarebbe più blando di quello che fa da retroterra al principio di consunzione nell'ambito del concorso apparente di norme. Sarebbero, cioè, diversi i criteri di collegamento tra i reati nell'una e nell'altra ipotesi, poiché, mentre per aversi consunzione occorre che la realizzazione di una fattispecie comporti nella generalità dei casi – sul piano, cioè, fenomenologico – anche la realizzazione di un'altra fattispecie (secondo il parametro del cd. "quadro normale di vita"), il reato complesso in senso stretto richiederebbe invece un legame più lieve: i fatti sembrerebbero, cioè, aggiungersi l'uno all'altro, piuttosto che essere fusi insieme<sup>38</sup>.

A fronte di tali valutazioni si potrebbe obiettare che il nesso che connette gli elementi di un fatto tipico sembra piuttosto esprimere un legame di necessità in concreto, poiché ogni elemento è indispensabile alla realizzazione degli altri. Ciò vale anche (e tanto più) per il reato complesso, nel quale il reato-elemento costitutivo o il reato-circostanza, pur potendo differire quanto a "tipologia" di disvalore (si pensi all'omicidio stradale o alle lesioni stradali,

---

alla fattispecie di reato complesso – non è un rapporto "*di prima a poi*"; "*ogni condotta dell'uomo è dominata da una finalità: in base a questa finalità si forma una successione logica, per cui si stabilisce un prima e un dopo che, nell'ordine temporale, può anche corrispondere ad una contemporaneità, meglio, a una identità*".

<sup>36</sup> Per assonanza annotiamo qui le riflessioni contenute in S. Cotta, *Diritto e tempo. Linee di una interpretazione fenomenologica*, in *Riv. Int. Fil. dir.* 1981, 122-3, ove si fa presente, con riferimento alla norma giuridica, che essa assume significato "giuridico" quando gli atti che ne compongono la realizzazione (la traduzione in atto) vengano considerati in relazione tra loro, lungo un processo di continuità temporale, e non come segmenti frammentati e circoscritti ai rispettivi tempi di accadimento.

<sup>37</sup> Così D. Brunelli, *Unità comportamentale*, cit., 896.

<sup>38</sup> I. Giacona, *L'aggravante dello stalking per l'omicidio e le lesioni personali al vaglio delle Sezioni Unite, tra reato complesso e disattenzioni del legislatore*, in *DPP* 2022, 1546, ove si afferma, con riferimento al reato complesso, che "*il nesso teleologico viene inteso e applicato in certi casi in termini piuttosto blandi e sfumati, "si che i diversi fatti sembrano aggiungersi uno all'altro, piuttosto che fondersi più intensamente fra loro". Mentre il parametro del "quadro normale di vita" [alla base del principio di consunzione] richiede sempre un grado d'inferenza statistica particolarmente elevato, in quanto il legislatore nel tipizzare le fattispecie ricomprende anche il disvalore di quelle violazioni che molto spesso si accompagnano a quel reato*". Sul tema, dello stesso Autore, nuovamente I. Giacona, *Concorso apparente*, cit., 125. Altri autori parlano di "assorbimento normativo", così in M. Scoletta, *Idem*, cit., 495, facendo riferimento ad un rapporto di "ordinaria implicazione" tra le fattispecie (p. 520), rappresentate, più che nelle loro vesti formali, piuttosto come "tipi".

considerati reati complessi circostanziati<sup>39</sup>), si pongono lungo una direttrice unitaria che fa da ossatura portante di una fattispecie terza e del tutto nuova.

Benché tale legame riposi anche nella logica<sup>40</sup>, la sua verifica appartiene al mondo dei fatti ed è dunque nell'ambito della realtà naturalistica che questo nesso acquisterà efficacia: in particolare, esso rileverà sempre in concreto ed *ex post*, senza arrestarsi ad un mero vaglio di idoneità in astratto<sup>41</sup>. Il fatto che la contestualità risponda ad un giudizio di coerenza attribuisce inoltre a tale criterio un coefficiente di normatività, il cui risvolto principale trova, però, adeguato riscontro nel complementare criterio della finalità, di cui ora ci occupiamo.

4.2. Il criterio della finalità sembra chiamare in causa il vasto tema della teoria dell'azione, sul quale si è peraltro recentemente fatto ritorno<sup>42</sup>. Seppure non sia questa la sede per sondare

<sup>39</sup> Cass. 10.10.2018 n. 50325.

<sup>40</sup> La rilevanza dei criteri di contestualità e finalità non può essere ricavata dalla norma penale, perché la connessione tra i fatti-componenti del reato complesso non trova sempre menzione espressa nella disposizione che lo disciplina. Eppure questa connessione recupera spessore nelle vesti di requisito logico necessario alla figura del reato complesso proprio sul piano normativo. Si vedano sul punto C. Pedrazzi, *L'aggravante della connessione*, in *Diritto penale. Scritti di parte generale*, I, Milano 2003, 337; e F. Antolisei, *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *GP* 1942, 613-614, ove l'Autore parla di *connessione logicamente necessaria*, in quanto "*desumibile dalla fattispecie astratta*", sulla base di un argomento che valorizza al massimo grado il rapporto tra singole fattispecie componenti e reato complesso come fossero "grandezze": è il legislatore – afferma l'Autore – che nel fissare la pena per il reato maggiore, tiene conto del fatto che l'agente ha posto in essere altresì il reato minore; ci sono altri casi, invece, sempre riconducibili ad un principio di progressione da *minus ad maius*, che però si basano sul dato dell'esperienza, sull'*id quod plerumque accidit*: o perché il reato minore è il mezzo attraverso il quale si commette il maggiore; o perché vi è connessione teleologica tra i due reati (segnatamente "*il reato meno grave consiste nell'attuazione dello scopo per cui normalmente è commesso il reato più grave*"). La derivazione della connessione dalla logica o dal dato empirico non viene da tutti considerata una condizione sicura, a presidio della certezza: così, ci pare d'intendere, in L. Bin, *Unità*, *cit.*, 419, ove, una volta affermato il carattere relativo della derivazione naturalistica dei criteri di contestualità e finalità, si propone di fare invece riferimento ai criteri dell'*unità* e dell'*identità*. Secondo altri Autori, invece, più radicalmente, la connessione ("*ideologica, consequenziale od occasionale*") tra i reati-elementi del reato complesso, fondata sui predetti criteri, non rappresenterebbe neanche un presupposto necessario dell'art. 84 Cp, il quale deriverebbe piuttosto le proprie unicità e coesione interna unicamente dal dato normativo, così in E. La Cecla, *Le innovazioni del delitto penale in tema di concorso di reati*, in *GP* 1932, 970. Più in generale, inoltre, sull'effetto unificante del profilo teleologico per la ricostruzione della condotta, v. M. Spasari, *Condotta (dir. pen.)*, in *ED*, VIII, 1961, 838. Similmente, sulla rilevanza del profilo teleologico per l'individuazione del disvalore del reato complesso, e per la riduzione ad unità delle diverse componenti che concorrono a delimitarlo, cfr. T. Sorrentino, *Il reato complesso: aspetti problematici*, Torino 2006, 45, con rinvio a A. MORO, *Unità e pluralità di reati: principi*, Padova 1954, 12, per il quale l'unità d'azione può risultare solo dalla considerazione dello scopo del diritto: la tutela dei beni giuridici.

<sup>41</sup> In questo senso D. Brunelli, *Rapina*, *cit.*, 16 ove si osserva che la vicenda descritta dalla norma sembra ruotare "*intorno ad una rilevazione ex post della concatenazione degli accadimenti*", cosicché sarebbe arbitrario concludere per l'irrelevanza del nesso ove questo non fosse configurabile *ex ante*, e tuttavia si sia poi manifestato nella realtà. Più chiaramente, il nesso esiste in quanto si siano realizzati i reati che sono da esso posti in relazione; diversamente, quindi, dal nesso teleologico *ex art.* 61 n. 2 Cp, che può sussistere, invece, anche senza che il reato-fine si sia realizzato, cfr. sul tema, e sulle questioni legate ai rapporti tra l'aggravante in parola e il concorso di reati, G. De Francesco, *La connessione teleologica nel quadro del reato continuato*, in *RIDPP* 1978, 103.

<sup>42</sup> AA.VV., *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di M. Pawlik, L. Cornacchia, Napoli 2015, 326 ss., ove, in particolare, si riflette sulla necessità di valorizzare il reato nei termini di inosservanza capace di mettere in questione la validità della norma, e sul (correlato) modo d'intendere l'azione come requisito minimo di imputazione del fatto (p. 333). Il tema richiederebbe una sconfinata parentesi sul rapporto tra causalità in senso naturalistico e finalità: le due categorie che il finalismo unisce e racchiude nella nozione di "azione", cfr. G. Marinucci, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano 1971, 70. Il tema della cifra naturalistica e/o assiologica e teleologica dell'azione apre le porte ad approfondimenti su più di un fronte, a partire dal diverso retroterra filosofico e culturale da cui l'una e l'altra ricostruzione provengono, per cui si rinvia, peraltro, a R. Treves, *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neo-*

l'argomento, ci avvarremo di qualche riferimento alle riflessioni che da questa teoria sono nate, per dare seguito agli argomenti proposti dalla Corte in merito al nesso teleologico interno al reato complesso.

Prima di tutto, nei termini in cui è descritta in sentenza, la finalità si traduce in concreto nella forza che dirige la connessione tra i vari elementi del reato, assumendo sul piano esecutivo la fisionomia di un nesso funzionalistico, innescato dall'agente, per il quale ogni parte dipende da quella immediatamente precedente. Tale rappresentazione della finalità ne valorizza il profilo *oggettivo-strumentale*, affrancandola da quello meramente psicologico, con il quale potrebbe effettivamente essere fatta corrispondere.

Se intesa come risvolto della contestualità, da accertare sulla base di massime di esperienza capaci di spiegare l'idoneità di ogni elemento alla realizzazione dell'altro, nonché il grado di dominio del soggetto su tale legame, la finalità appare allora diversa tanto dalla "necessarietà" che trova normalmente espressione nel nesso condizionalistico (la causalità "cieca"<sup>43</sup>), quanto, d'altra parte, dal coefficiente psicologico dell'autore e dai moventi appartenenti al suo foro interno.

Piuttosto, ci si troverebbe innanzi ad un giudizio di pratica utilità sui passaggi modaliali della condotta: passaggi che imprimono una direzione e una dinamica agli elementi della fattispecie complessa, secondo "quanto accade nella normalità dei casi".

Questo profilo della finalità sembrerebbe emergere anche dalle molteplici qualifiche che sono state attribuite al nesso di congiunzione fra gli elementi della fattispecie complessa. Tra queste ricordiamo: "nesso di facilitazione"<sup>44</sup>, "connessione"<sup>45</sup>, "accessorietà", "unità di motivo",

---

*kantismo contemporaneo*, Torino 1934, 22-23. A proposito della crisi della partizione classica "oggettivo/soggettivo" e di come tale crisi impatti sul modo d'intendere il diritto (nella sua vocazione pratica) nonché sulla costruzione e sul contenuto dei precetti, cfr. M. Gallo, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano 1950 (in particolare, pp. 9 ss., 16, 24, 27). In effetti, la nozione di azione dipende in una certa misura da come viene inteso il concetto di norma, e dalla funzione che si ritiene questa debba assolvere: per un'indagine sulla duplice componente precettiva e classificatoria della norma penale, si vedano G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin 1903, 27. Sulla «*Verobjektivierung des persönlichen Handelns*» e E. WOLFF, *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, Heidelberg 1964, 17, che patrocinava una lettura affrancata dalla componente esclusivamente soggettiva. Per le implicazioni dei profili richiamati sul concetto di imputazione, v. M. Gallo, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano 1951, 21 ss. (anche 87 ss. e 111 ss.). In punto di accertamento, per la necessaria considerazione della rilevanza "sociale" della condotta, cfr. C. Pedrazzi, *Il fine dell'azione delittuosa*, in *Diritto penale. Scritti di parte generale*, I, Milano 2003, 217 (e 229 ove l'intenzione viene riconosciuta come elemento autentico dell'antigiuridicità, di cui tuttavia si precisa la "marginalità"). Alla luce delle notazioni richiamate, ci sembra condivisibile ritenere che l'azione rappresenti un concetto complesso di natura insieme causale e finale e che comunque l'aspetto teleologico in essa insito non possa che farci propendere per la valorizzazione della cifra dinamica che caratterizza insieme all'azione, l'intera fattispecie, cfr. sul punto H. Mezger, *Die Handlung im Strafrecht*, in *Festschrift für Rittler*, Aalen 1957, 120-1. Aderisce a tale ricostruzione G. Bettiol, *Diritto penale*, Padova 1966, 208-9 che definisce l'azione come fattore causale "intelligente" perché sa dominare gli altri fattori causali e dirigerli in vista del fine che l'agente vuole realizzare.

<sup>43</sup> G. Bettiol, *Ibidem*, cit.

<sup>44</sup> G. Vassalli, *Reato complesso*, cit., 826, ove si chiarisce che il reato complesso presuppone un *nesso di finalità o di facilitazione o di efficacia* per la realizzazione della condotta, non bastando la mera occasionalità.

<sup>45</sup> Per la verità, anche se il fenomeno del reato complesso può rappresentare un caso di connessione giuridica c'è sostanziale concordia nel ritenere che la connessione sia un fenomeno diverso da quello che prende corpo nell'art. 84 Cp dacché la connessione determina un vincolo "tra reati che rimangono diversi e la complessità invece determinando l'esistenza giuridica di un unico reato", così in G. Vassalli, *op. cit.*, 818. Così anche A. Pagliaro, *I reati connessi*, Palermo 1956, 8, ove si specifica che, presupponendo la connessione una pluralità di reati, tale fenomeno non potrà realizzarsi quando il reato è uno solo, come accade per il reato complesso. Sulla connessione fondata su una pluralità di condotte anche C. Pedrazzi, *L'aggravante*, cit., 337.

“unità di risultato”<sup>46</sup>, “presupposizione”<sup>47</sup> e “strumentalità”<sup>48</sup>. Benché diverse, tutte queste classificazioni cercano di attribuire un nome alla regola implicitamente imposta dall’art. 84 Cp e che trova poi declinazione nelle fattispecie di parte speciale che ne riproducono la struttura: la realizzazione del reato-elemento costitutivo rappresenta un passaggio logicamente necessario all’integrazione del reato complesso; così come, d’altra parte, esiste un nesso logico anche tra il reato-base e il reato-circostanza, poiché l’accertamento di quest’ultima non può prescindere dalla verifica del primo.

Tutto ciò è particolarmente evidente nella fase di accertamento, rispetto alla quale tanto il nesso di contestualità, quanto il requisito della finalità non si appiattiscono sulla prova rispettivamente della causalità e del nesso psicologico. Piuttosto, essi vengono filtrati attraverso le categorie della logica: in concreto, la prova del primo requisito si traduce in una verifica dell’idoneità di ogni elemento alla realizzazione dell’altro (non solo in astratto, bensì anche in termini di pratica utilità). La prova della finalità, invece, si converte in un controllo sul senso e sul significato razionale della fattispecie complessa realizzatasi in concreto: essa deve appartenere al dominio teleologico dell’autore, valutato in relazione al contesto in cui si è svolta la condotta (come visto, anche un tentato palpeggiamento può acquisire significato rispetto ad una condotta sottrattiva, anche se sul piano fenomenico si tratti di “fatti” molto diversi).

Questo vaglio sull’unità di senso della fattispecie complessa, tanto nella prospettiva della contestualità, quanto in quella della finalità, trova poi un baricentro nell’accertamento della proporzione in termini di “strumentalità”<sup>49</sup> – ergo, un fattore può dirsi strumentale ad un altro, a condizione che non esondi dai limiti funzionali per la sua realizzazione<sup>50</sup> – la cui indole valutativa di fatto sottrae la verifica di questi due requisiti a criteri di certezza, consegnandoli piuttosto ai parametri che governano l’esperienza, anche se più approssimativi.

Sul piano naturalistico, del resto, una volta accertata la sussistenza di un legame di coerenza tra le diverse componenti della fattispecie complessa, non vi sarebbe ragione di scorporare i diversi accadimenti, come se fossero più fatti, anche qualora questi apparissero privi di omogeneità contenutistica: tale nesso infatti governa una sequenza di atti, conferendo alla fattispecie complessa una nota unitaria<sup>51</sup>. Le precisazioni ora svolte aiutano a comprendere che

<sup>46</sup> S. Ranieri, *Il reato complesso*, cit., 128 ss. Non è peraltro un caso che, aderendo ad un approccio soggettivamente orientato, per l’Autore l’art. 84 Cp si applica per lo più a reati “*la cui consumazione richiede la verifica di un evento finale voluto dal soggetto, che si presentano come reati dolosi*” (p. 256).

<sup>47</sup> Cfr. T. Delogu, cit., 221 ss. ove si precisa che diversa dall’unificazione del reato complesso è l’accessorietà come relazione tra le fattispecie: “*la differenza essenziale fra reato accessorio e reato complesso è che in quest’ultimo caso il reato componente non esiste come entità autonoma, dotata di vita propria almeno sino a quando esiste il reato complesso; mentre nel reato accessorio il reato presupposto continua sempre a conservare la sua autonomia e la sua esistenza*” (p. 224). Segue lo schema dell’accessorietà inoltre il rapporto di *presupposizione* tra reato presupposto e fattispecie principale, alla base del quale si trovano fattispecie di reato autonome. Che il reato complesso comprenda un tipo di nesso diverso da quello definito nei termini di “connessione” e di “presupposizione” è inoltre confermato dal testo dell’art. 170 Cp ove i diversi generi di legame vengono debitamente tenuti separati.

<sup>48</sup> G. De Francesco, *Lex specialis*, cit., 86-87.

<sup>49</sup> G. De Francesco, *Diritto penale*, cit., 603, ove si parla di *funzionalità strumentale*.

<sup>50</sup> Sul punto, e con specifico riguardo al profilo psicologico su cui il nesso si riverbera, E. Zappalà, *L’aggravante della connessione teleologica e il concorso di reati commessi mediante violenza*, in *Riv. it.* 1971, 540.

<sup>51</sup> Si potrebbe osservare, come si è fatto per la circostanza aggravante di cui all’art. 61 n. 2 Cp, che la connessione teleologico-strumentale possa aver senso solo tra elementi dotati di autonomia (dunque tra fattispecie diverse, fra loro in concorso), e non anche nei casi di unità di condotta. Pur consapevoli che la connessione che riguarda gli elementi interni alla fattispecie di reato complesso non corrisponde a quella di cui all’art. 61 n. 2 Cp – cioè, in quanto l’aggravante presuppone espressamente la pluralità di reati – si richiamano di seguito gli essenziali



il requisito (tacito) della finalità, necessario alla verifica dell'unitarietà del reato complesso, può aver cittadinanza anche rispetto a fattispecie in cui il reato-elemento costitutivo non sia voluto (si faccia l'esempio dell'evento ulteriore non voluto dall'agente come conseguenza di altro delitto, come *ex art. 584 Cp*)<sup>52</sup> o rispetto a casi in cui venga a realizzarsi un reato-

---

contributi che si sono occupati del tema con specifico riguardo al rapporto tra unità di condotta e connessione. Cfr., in particolare, per un esame sulle diverse questioni che sorgono in relazione all'applicabilità dell'aggravante, cfr. F.B. Cicala, *Interpretazione sistematica della circostanza "aver commesso il reato per eseguirne un'altra"*, in *Annali di dir. e proc. pen.* 1935, 818. A favore della compatibilità tra connessione e unità d'azione (del concorso formale), v. R. Mangini, *Sussiste l'aggravante di cui all'art. 61, n. 2, cod. pen., quando reato-mezzo e reato-fine sono costituiti da azione unica?*, in *Annali di dir. e proc. pen.* 1935, 942. In senso concorde anche P. Nuvolone, *I problemi, cit.*, 513. Al contrario, nel dibattito risalente, per l'inconciliabilità (e inconcepibilità) di un rapporto di mezzo a fine nello stesso contesto di azione, cfr. G. Sabatini, *Il reato specifico nel sistema del concorso di norme giuridiche*, in *Scuola Positiva* 1932, I, 194.

<sup>52</sup> Ipotesi, questa, che introduce il problema della natura dei reati aggravati dall'evento, lungamente dibattuto: per taluni il reato complesso potrebbe comprendere tale categoria di reati, cfr. L. Concas, *cit.*, 396; per altri, i reati aggravati dall'evento integrerebbero un reato complesso solo ove l'evento più grave perfezionasse una nuova fattispecie assorbente l'altro reato, così in L. Conti, *I reati aggravati dall'evento*, in *RIDPP* 1950, 720. Il tema funge da base per riflettere sulla collocazione dogmatica dei reati cd. aggravati dall'evento in cui "l'evento" aggravante è circostanza del fatto-base. A questo proposito, l'espressione "delitti aggravati dall'evento" è in effetti ambigua e, secondo alcuni, inesatta poiché contenente un ossimoro (l'evento e l'aggravante), cfr. D. Rende, *I delitti con doppio evento*, in *RP* 1938, 18. L'Autore scevera il significato dell'espressione "delitti con doppio evento", rilevando che essa non può che riferirsi ad un'ipotesi di concorso di reati, anche se può far supporre l'esistenza di un solo reato: sarebbe il caso del reato complesso, nel quale due reati si fondono creando una terza unità indipendente, dotata di un proprio *nomen iuris*. Se tuttavia si accoglie lo schema del reato complesso in cui uno dei due reati è circostanza di un altro reato, in effetti, si potrebbe ritenere che la struttura del delitto aggravato dall'evento e del reato complesso combacino. *Contra*, S. Ranieri, *Delitti aggravati dall'evento e reato complesso*, in *Scuola Positiva* 1947, 245. Il passaggio dal reato-base al reato aggravato – quasi si trattasse di un rapporto di "presupposizione eventualmente necessaria" – è inoltre spesso ricondotto ai fenomeni della progressione criminosa e del reato progressivo, non già all'art. 84 Cp: la prima riguarderebbe i fatti in concreto e il loro sviluppo sul piano empirico (contingente e occasionale); il secondo, invece, si avrebbe già sul piano astratto: con riferimento, cioè, alle fattispecie legali, così S. Ranieri, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milano 1942, 59 ss.; cfr. anche F. Antolisei, *Reato composto, reato complesso e progressione criminosa*, in *AP* 1949, 72. Sembra non riconoscere distinzioni D. Rende, *Truffa commessa mediante falso in cambiale*, in *FI* 1932, 18, ove il reato progressivo viene identificato con "l'attività criminosa realizzante una pluralità di fatti, ciascuno capace di costituire un reato per sé stante, ma con una relazione progressiva, da un minus ad un maius e con contestualità di azione". Rispetto al reato complesso, invece, la progressione differirebbe perché, pur implicando entrambi l'unità dell'obiettività giuridica complessiva, e, dunque, autonomia normativa, nella progressione criminosa i due reati, l'uno assorbito nell'altro, necessariamente condividono un nucleo comune, il quale, per contro, mancherebbe nel reato complesso. Così, mentre rispetto alla progressione criminosa è stato utilizzato il termine "sviluppo", rispetto al reato complesso si è parlato di "sconfinamento", così U. Pioletti, *Profili del reato complesso*, in *RP* 1937, 1197. Sulla riconducibilità al reato complesso del reato cd. "necessariamente progressivo", v. AA.VV., *Il Codice Penale illustrato articolo per articolo*, a cura di U. Conti, I, Milano 1934, 301; *contra* M.B.A. Comneno, *cit.*, 51. Al di là delle categorizzazioni, secondo alcuni Autori, entrambi i fenomeni sarebbero tuttavia riconducibili al principio di *consunzione*, si veda in particolare G. Vassalli, *Reato complesso, cit.*, 834. Per la configurazione del reato progressivo come specie del reato complesso, e come reato unico *sui generis* (si direbbe "qualificato") cfr. C. Loasses, *Il reato progressivo*, in *Il Foro Penale* 1946, 466. L'autonomia della fattispecie qualificata potrebbe essere ricavata anche ricorrendo a criteri di carattere sostanziale, così J. Nagler, *Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualifikation*, in *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht* 1940, 365 ss. ove l'autonomia della fattispecie "qualificata" e "nuova" (come *Unrechtstypus a sé stante*) viene fatta dipendere dal grado di affrancamento del disvalore espresso nella fattispecie "base". Cfr. anche G. Lozzi, *Reato progressivo e "ne bis in idem"* in *RIDPP* 1981, 1237, ove l'Autore osserva, con notazioni critiche, che tale modo d'intendere il reato complesso lo sottrarrebbe al concorso apparente di norme, di cui dovrebbe invece ritenersi espressione. Secondo la tesi dell'Autore, il reato complesso sarebbe infatti espressione della specialità *ex art. 15 Cp* (p. 1238), e così anche il reato progressivo, seppur in modo non identico: "le situazioni sono molto simili e assoggettabili alla disciplina dell'art. 15 c.p., dal momento che reato complesso e reato progressivo non possono essere integrati senza la realizzazione del reato contenuto e, quindi, ricomprendono tutti gli elementi del reato contenuto più ulteriori elementi specializzanti". In senso conforme, nel dibattito classico, G. Sabatini, *Il reato*

circostanza per mera colpa dell'agente (come nel caso del sequestro di persona da cui derivi la morte del sequestrato, di cui all'art. 630 co. 2 Cp), o comunque in un momento non cronologicamente contestuale alla consumazione del fatto a cui la circostanza accede (si pensi, a questo riguardo, al requisito dell'occasionalità esplicitato nel dettato dell'art. 576 n. 5 Cp, riferito all'omicidio commesso “*in occasione della commissione*” di altri delitti, ove l'“occasionalità” non è necessariamente sinonimo di “contemporaneità”).

Analogamente a quanto accade per la valutazione dei fenomeni generalmente riconducibili al modello della cd. colpa in attività illecita<sup>53</sup>, anche la finalità sembrerebbe assumere qui la forma di un apprezzamento parzialmente presuntivo, tratto tuttavia dal contesto sociale ed empirico nel quale il fatto si ambienta.

La valutazione giurisprudenziale del requisito (tacito) della finalità potrebbe tradursi, cioè, in un giudizio su ciò che è ragionevole attendersi dalla concatenazione degli eventi innescata dalla condotta dell'agente, sulla base di massime di esperienza alla stregua delle quali è possibile affermare che nello specifico contesto (illecito) in cui si realizzano i fatti è altamente probabile che venga a compiersi, altresì, la circostanza prevista dalla fattispecie complessa, purché essa possa dirsi anche rientrante nella sfera di dominio dell'agente (dunque imputabile almeno per colpa, in quanto prevedibile in concreto). Si tratterebbe allora di un giudizio interessato ad indagare, per lo più, il modo in cui le componenti “frazionarie” di un fatto storico si legano tra loro, in relazione al contesto<sup>54</sup>, senza che ciò implichi l'accertamento dell'elemento soggettivo delle rispettive fattispecie<sup>55</sup>.

Sulla base di queste premesse, dunque, sarebbe facile comprendere perché la finalità possa essere letta non già come la prova del coefficiente psicologico, bensì come giudizio sulla dinamica degli eventi e dei loro nessi reciproci<sup>56</sup> (come rovescio, appunto, della contestualità),

---

*specifico nel sistema del concorso di norme giuridiche*, in *Scuola Positiva* 1932, 202, ove si distingue tra specialità e sussidiarietà, giacché solo la seconda avrebbe a che fare con parametri ordinali: più precisamente, mentre la specialità comporterebbe una “particolare individuazione” degli elementi essenziali della fattispecie generale, descritti come “più intensi per la loro specificità”; la seconda, invece, si avvicinerebbe alla nozione di complementarietà, rendendo chiara la funzione suppletoria o integrativa del reato punito più gravemente. In estrema sintesi, si tende a sostenere che la differenza tra genere e specie non è quella che corre tra meno e più. In tutte queste ipotesi notoriamente si pone il problema di capire, peraltro, se non ci si trovi innanzi ad una fattispecie circostanziata.

<sup>53</sup> La *ratio* delle conseguenze giuridiche applicabili ai fenomeni riconducibili alla cd. colpa in attività illecita sta nel punire le condotte di soggetti che, nell'esecuzione delle proprie deliberazioni criminose, si siano posti in una situazione di rischio illecito, come tale, suscettibile di degenerare verso risultati offensivi ulteriori e diversi da quelli presi di mira, così in F.C. Palazzo, *Corso di Diritto penale. Parte generale*, Torino 2023, 289, 336-9. A fare da retroterra al criterio di finalità si avrebbe dunque un giudizio di pericolosità, comune, per esempio, anche ai reati aberranti, non a caso da alcuni ricompresi nel modello del reato complesso, si veda L. Concas, *I delitti qualificati da un'offesa aberrante. Struttura e natura giuridica*, in *Scuola Positiva*, 1965, 398, ove si sostiene che il reato complesso può essere ricondotto allo schema dei delitti qualificati da un'offesa aberrante quando se ne riconosca l'unicità (radicata nell'unità di condotta) e che la pericolosità è la ragione giustificante la ricostruzione della fattispecie complessa, v. *Ibidem*, 410.

<sup>54</sup> In S. Ranieri, *Il reato*, cit., 165 si osserva che è indispensabile che la condotta del reato circostanza aggravante sia diretta a “rendere possibile, ad agevolare, facilitare e assicurare l'evento-elemento costitutivo del reato-base”. Si ritiene che sia necessaria una “relazione causale”, anche se declinata nei termini che si sono qui precisati, non aderenti al modello del nesso condizionalistico.

<sup>55</sup> E senza, peraltro, che tale configurazione venga considerata una forma di reato eventualmente complesso: quest'ultima categoria, infatti, presuppone una rinuncia originaria a qualsiasi riferimento letterale ad “altro reato” tra gli elementi costitutivi della fattispecie o tra le sue circostanze. Non si ritiene invocabile, pertanto, la figura del reato eventualmente complesso quando la circostanza o l'elemento costitutivo che richiamano un'altra fattispecie non integrino alcun “reato” per mancanza dell'elemento soggettivo o di altro elemento essenziale. *Contra*, F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova 2013, 492.

<sup>56</sup> Per comprendere il valore dell'aspetto volontaristico nella dinamica del diritto – dunque, rispetto ad un contesto di indagine più ampio di quello che stiamo esaminando – ci paiono interessanti le riflessioni contenute in B. De

la cui realizzazione determina l'“attivazione” di una realtà normativa recante un proprio specifico trattamento giuridico<sup>57</sup>.

L'attribuzione di un regime sanzionatorio diverso e specifico alla fattispecie complessa, inoltre, sembrerebbe poter giustificare la tesi a sostegno della sua autonomia, soprattutto quando essa risulti dall'aggravamento di una fattispecie-base nei termini di una nuova cornice edittale<sup>58</sup>, indipendente (come l'art. 640-bis Cp<sup>59</sup>) e verrebbe così superato il problema – posto che non ve ne sarebbe alcuno – di ammettere il bilanciamento in casi come quello qui esaminato<sup>60</sup>.

Giunti a questo punto – quello, cioè, di aver recuperato alcuni argomenti a sostegno dell'originaria autonomia di fattispecie dall'accertamento empirico e, altresì, dalla logica giuridica – è ora il momento di valutare la decisività dell'argomento patrocinato dalle Sezioni Unite a sostegno dell'applicazione dell'art. 84 Cp, come unica fattispecie applicabile al caso qualificato nei termini di cui all'art. 576 n. 5.1 Cp e che qui si ritiene di condividere.

5. Il Supremo Collegio, infatti, giunge a sostenere l'unitarietà del reato complesso passando attraverso principio del *ne bis in idem* sostanziale, e, più in particolare, dall'offensività dalla quale tale principio germina. Il *ne bis in idem* si muove, secondo quanto diffusamente sostenuto, sul terreno del trattamento commisurativo-sanzionatorio, dove l'offesa viene individuata in relazione alla sua concreta gravità. Del resto, e come già rilevato, il motivo per cui le Sezioni Unite giungono alla conclusione di dover applicare una sola pena risiede in un'esigenza sanzionatoria di proporzione. La continenza del reato più lieve in quello più grave, più che coinvolgere le “obiettività giuridiche”, sembra derivare, piuttosto, da una ponderazione

---

Giovanni, *cit.*, 67 ss. e altresì in M. Gallo, *La teoria, cit.*, 24 ss.

<sup>57</sup> Definito “derogatorio” rispetto a quello previsto per i fenomeni (limitrofi) del concorso formale e del reato continuato, così in S. Ranieri, *Il reato, cit.*, 134; in senso conforme anche S. Prosdocimi, *Reato complesso, cit.*, 214-5; *contra* F. Mantovani, *Concorso, cit.*, 272 e M.B.A. Comneno, *cit.*, 15. Ci sono margini, tuttavia, per affrancare l'art. 84 Cp dal rapporto regola-eccezione, e per attribuirgli, anzi, una valenza *costitutiva*. Si potrebbe ritenere ciò facendo leva sulla “diversità” dell'art. 84 Cp: il concetto di “deroga” – sovrapponibile peraltro a quello di “eccezione” e spesso usato per spiegare il concetto di “specialità” – sembra, infatti, presupporre l'esistenza di un sostrato comune con la regola (di cui la “deroga” sarebbe appunto il rovescio). Tale sostrato comune non sarebbe tuttavia rinvenibile nei rapporti tra l'art. 84 Cp e gli articoli precedenti. Per descrivere il fenomeno regola-eccezione, si suole parlare anche di “sottrazione” (quella operata relativamente ad una classe di casi con l'effetto di ridurre lo spazio applicativo della regola), v. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1999, 63; v. anche G.U. Rescigno, *L'atto normativo*, Bologna 1998, 107.

<sup>58</sup> Ricavare la novità di una fattispecie sulla base dell'autonomia sanzionatoria della norma che la prevede integra un argomento tra i più autorevoli, per una disamina del quale si veda M. Gallo, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in *RIDPP* 1949, 559 e ss. Per una critica all'impostazione di Gallo, per lo più incentrata sul concetto di “fattispecie”, cfr. G. Contento, *Introduzione allo studio delle circostanze di reato*, Napoli 1963, 26.

<sup>59</sup> Sul tema già nota la sentenza Cass. S.U. 10.7.2002 n. 26351, Fedi, che conclude per l'autonomia della fattispecie sulla base di criteri strutturali. Cfr. sul tema e con riferimento alla sentenza, R. Bartoli, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziale?*, in *DPP* 2003, 302 ss.; anche G. Ariolli, *La truffa per il conseguimento delle erogazioni pubbliche è una circostanza aggravante del reato di cui all'art. 640 c.p.*, in *CP* 2002, 3368 ss.

<sup>60</sup> V. per la trattazione del tema G. VASSALLI, *cit.*, 828, secondo il quale l'art. 59 Cp sarebbe compatibile con l'art. 84 Cp. Si rileva peraltro che l'opzione di privilegiare la sussistenza del reato complesso nelle ipotesi aggravate nasce spesso da esigenze applicative marcate da un certo apriorismo: la giurisprudenza ha cioè spesso preferito invocare il reato complesso per escludere il bilanciamento di circostanze, cfr. sul punto G. Vassalli, *Nuove e vecchie incertezze sul reato complesso*, in *RIDPP* 1978, 409. Secondo questo approccio non sarebbe la presenza del reato complesso a determinare l'inapplicabilità del regime di imputazione delle circostanze, bensì l'applicabilità di tale disciplina ad escludere la presenza di un reato complesso. V. anche S. Prosdocimi, *Reato complesso, cit.*, 214.

di carattere teleologico, prevalentemente orientata a garantire un trattamento sanzionatorio più adeguato al caso oggetto di accertamento<sup>61</sup>.

Alla luce di quanto illustrato, riprendiamo ora gli interrogativi introdotti al principio: se il reato complesso appartenga al concorso apparente di norme; e se debba il suo regime sanzionatorio trovare prioritario ed esclusivo fondamento nel principio del *ne bis in idem* sostanziale.

Anzitutto le Sezioni Unite sembrano rispondere positivamente con riferimento ad entrambi i quesiti. Sennonché, nel far ciò, ci pare che la pronuncia si collochi nel solco di una questione che potrebbe ritenersi non ancora chiusa.

Cominciando dall'argomento principale impiegato per ricostruire il fondamento dell'istituto, in recenti contributi dedicati al tema si è affermato che il *ne bis in idem* non è soltanto un mezzo per assicurare una misura di pena proporzionata, bensì rappresenta il viatico per valorizzare la dimensione storica del fatto, che si pone al centro del lavoro interpretativo che il giudice svolge per la risoluzione dei casi di concorso apparente di norme. Più precisamente, si sottolinea che il *ne bis in idem* permette di far emergere la dimensione tipologica e ordinatoria dell'accadimento *hic et nunc*, "funzionale a calare più specificamente la norma nelle sfaccettature della realtà, quindi a selezionare fatti sulla base della loro concreta fisionomia"<sup>62</sup>. D'altra parte, il *ne bis in idem* attribuirebbe al 'tipo penale' un fondamento giuridico che lo sottrae alle censure di indeterminatezza e "a-legalità" che comunemente gli vengono rivolte. Il ruolo attribuito alla dimensione tipologica e valoriale della fattispecie penale viene, infatti, ormai riconosciuto come fisiologicamente necessario alla definizione delle ipotesi problematiche che proliferano in seno al concorso apparente di norme e nient'affatto in contrasto con le istanze di legalità dell'ordinamento penale<sup>63</sup>.

Le argomentazioni della pronuncia esaminata paiono conformi a quest'orientamento, nell'alveo del quale dovrebbe ritenersi compreso anche il reato complesso.

Ora, si può osservare, anche a seguito di quanto già esposto nei paragrafi precedenti, che la centralità del ruolo assunto dalla dimensione empirica nell'accertamento della fattispecie del reato complesso rivela, per il vero, l'estraneità dei criteri di contestualità e finalità – sulla base

<sup>61</sup> Sembra ritenere ambiguo il principio di proporzione, quale fondamento del *ne bis in idem*, M. Scoletta, *Idem, cit.*, 292; anche M. Papa, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale: contributo allo studio del concorso apparente di norme*, Torino 1997, 75 ss. In senso critico rispetto alla tendenza, patrocinata da buona parte della dottrina, a ricondurre i criteri sostanziali – tra i quali, il *ne bis in idem* – al piano dell'efficacia sanzionatoria, all'esigenza di proporzione e, in una parola, alla commisurazione, D. Brunelli, *Appunti, cit.*, 16-17. Cfr. anche C. Silva, *La deriva del ne bis in idem verso il canone della proporzionalità*, in *AP* 2019, 168-9, ove sono messi in luce i rischi di un acritico appiattimento del principio del *ne bis in idem* sulla proporzione, a cui tuttavia è indubbiamente legato. L'Autrice rileva che lo statuto del *ne bis in idem* trova infatti la propria origine nel diverso ambito della legalità e del rapporto tra norme, prima ancora che nella fase applicativo-sanzionatoria. La traccia più evidente del principio del *ne bis in idem* è, cioè, piuttosto rappresentata dalla stessa norma incriminatrice, nella quale il legislatore ha espresso una precisa opzione punitiva, fondata sul legame, insostituibile, tra elementi costitutivi e corrispondente cornice editale: un'opzione – si precisa in altro contributo – non "moltiplicabile", così chiaramente A. Vallini, *Tracce di ne bis in idem, cit.*, 525 ss. In senso conforme A.F. Tripodi, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Torino 2022, 30-31 e 177-8; cfr. anche F. Consulich, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *RTrimDPenEc* 2015, 75 (con precisazioni sui rapporti del *ne bis in idem* rispetto alla consunzione, che al primo s'ispira, senza tuttavia in esso esaurirsi). Ancora, per la riconduzione delle valutazioni sulla proporzione ad un problema di analisi valutativa del fatto storico e, quindi, in ultima battuta, al concorso di reati (e non di norme), C. Sotis, *Il "fatto" nella prospettiva del divieto di doppia punizione*, in *IP* 2017, 471.

<sup>62</sup> M. Scoletta, *Idem, cit.*, 490, anche 530 ss.

<sup>63</sup> M. Scoletta, *ult. op. cit.*, 495. A favore di un riconoscimento espresso del *ne bis in idem* sostanziale nella duplice dimensione valoriale e strutturale, cfr. nuovamente C. Silva, *Sistema, cit.*, 198. A sostegno della priorità del dato strutturale, come elemento necessario alla valutazione di proporzione implicata nel *ne bis in idem*, e in senso diverso dai due autori richiamati, A. Vallini, *Tracce di ne bis in idem, cit.*, 529.

dei quali i dati empirici vengono selezionati – alla sfera assiologico-valoriale. Più chiaramente, constatare la relazione teleologica che lega due elementi dell'accadimento storico, e che dovrebbero corrispondere agli elementi di fattispecie, lungi dall'incarnare una valutazione sui fini, o scelte di valore, sembra rappresentare, anzi, un vero e proprio giudizio di realtà, assistito semmai da valutazioni di coerenza logica: mutuando le parole di un esimio studioso “*il giudizio con cui si dichiara che qualcosa costituisce il mezzo adeguato ad un fine predeterminato non è un vero giudizio di valore; è, come è stato notato, un giudizio circa la connessione tra causa ed effetto, e, come tale, un giudizio sulla realtà*”<sup>64</sup>.

La valorizzazione del dato empirico, alla quale viene fatto riferimento nel trattare del *ne bis in idem*, ci pare che esista, ma che non trovi attinenza rispetto ai giudizi di valore; piuttosto, essa acquista compiuta espressione nella fase di qualificazione del fatto, orientata dalla logica. Inoltre, più che costituire l'esito del procedimento comparativo proprio del concorso apparente di norme, diretto ad individuare quale fattispecie, tra le molte, debba prevalere, la qualificazione rappresenta il suo presupposto necessario: senza l'*idem* non sarebbe possibile parlare di doppia valutazione dell'*idem*.

Sembra, in sintesi, meritevole di accoglimento l'indirizzo che vede nel *ne bis in idem* l'esito di un giudizio composito, in cui la valutazione di proporzione che orienta il giudice nella selezione della *regula iuris*, rimane comunque successiva alla verifica della originaria pluralità di qualificazioni possibili che il fatto può assumere (in effetti, la menzione del *ne bis in idem* nella parte motiva della sentenza presuppone l'individuazione delle altre fattispecie, evidentemente oggetto di contestazione, delle quali si ritiene opportuno escludere il concorso)<sup>65</sup>.

La tappa più originaria (e prioritaria) del processo mentale che porta il giudice ad individuare la fattispecie rilevante dovrebbe quindi coincidere con la qualificazione: in astratto, per individuare le norme potenzialmente interessate; in concreto, per selezionare quella più pertinente al caso.

La proposta ricostruttiva che si vorrebbe avanzare può essere formulata in questi termini: escluso che il reato complesso possa essere ricondotto al concorso formale di reati e al reato continuato, esso neppure può considerarsi, per questo, automaticamente espressione del concorso apparente, e, più specificamente, del criterio del *ne bis in idem*, poiché tale criterio presuppone concettualmente la considerazione di più reati fra loro in concorso (anche se solo in via ipotetica, e per poi essere escluso), mentre abbiamo visto come il reato complesso si risolve in una qualificazione a sé stante, in un giudizio di tipicità unitario originario, preliminare a qualsivoglia confronto tra fattispecie, ed incentrato casomai su di un requisito fattuale di strumentalità finalistica che lega i diversi segmenti della fattispecie.

Secondo la ricostruzione qui proposta, l'art. 84 Cp incarnerebbe una disposizione dal valore costitutivo, dedicata ad un particolare modo di leggere la tipicità delle fattispecie “composite”, rispetto alle quali si possa avere il dubbio di ricorrere al concorso apparente di norme, posto che gli altri istituti limitrofi del concorso formale e del reato continuato sono per legge esclusi. Mentre, cioè, le Sezioni Unite attribuiscono all'art. 84 Cp la funzione di esplicitare un principio tacitamente sotteso al nostro ordinamento penale, e riconosciuto sul piano sostanziale come uno dei criteri discretivi del concorso apparente di norme, la lettura che qui si propone è di dare

<sup>64</sup> Così H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 2009, 7. Ivi si spiega che “*giudizio di valore è la proposizione con cui si dichiara che qualcosa costituisce un fine, un fine ultimo che non è di per sé un mezzo rispetto ad un fine ulteriore. Un simile giudizio è sempre determinato da fattori emotivi*”.

<sup>65</sup> Ci sembra che ciò trovi conferma nella considerazione, invero non isolata in dottrina, per cui l'assorbimento (la consunzione, il *ne bis in idem*) rappresenti l'esito di un giudizio su termini (le norme giuridiche), il cui ambito applicativo è già stato definito per altra via; non già, dunque, il criterio per effettuare tale giudizio cfr. G. De Francesco, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu) 25.7.2015, 12.

piuttosto a tale disposizione un significato diverso: anzitutto, di strumento per riflettere sulla doppia natura della tipicità, poiché, come visto, questa può essere da un lato intesa come principio che governa la formulazione della fattispecie sul piano linguistico e, d'altra parte, come sinonimo di qualificazione penale (come giudizio, cioè, che assegna al fatto una rilevanza penale); in secondo luogo, e proprio sulla base di tale distinzione, la ricostruzione qui proposta consente di affrancare il reato complesso dal concorso apparente di norme, escludendo in apice qualsivoglia fenomeno di concomitanza (anche solo in astratto) di disposizioni incriminatrici, giacché i riferimenti ai reati tra gli elementi costitutivi e tra le circostanze alluderebbero, piuttosto, alla potenziale casistica normalmente riconducibile a tali modelli legislativi, senza tuttavia che ciò implichi la loro piena integrazione (di qui, la plausibilità del tentativo rispetto ai reati richiamati all'interno dell'art. 84 Cp: come visto, la violenza potrebbe anche essere qualcosa di meno delle percosse e corrispondente, piuttosto, al mezzo utilizzato nella violenza privata e, per di più, indipendentemente dalla realizzazione dell'evento; o, anche, la non necessarietà del coefficiente psicologico solitamente richiesto per la fattispecie di reato richiamata, soprattutto ove questa integri la circostanza aggravante di altro reato, per l'imputazione della quale può bastare anche la colpa, nei termini di prevedibilità in concreto).

6. Dato quanto finora esposto, si giunge a sostenere che il reato complesso può considerarsi un "tipo" originale e originario, perché tra i suoi elementi essenziali figurerebbero, sì, riferimenti a condotte che sono già qualificate, in astratto, come reati nel nostro codice penale, ma a mero titolo di "parti di un tutto".

Mentre questa peculiarità – il riferimento, cioè, ad altre fattispecie di reato tra gli elementi costitutivi o tra le circostanze aggravanti – porterebbe spontaneamente a ritenere che ci si trovi innanzi ad un concorso apparente di norme (quasi che l'art. 84 Cp avesse, così, una valenza meramente dichiarativa), appare meno battuta l'opzione di considerare le fattispecie ivi richiamate come meri strumenti di ausilio ermeneutico, a rappresentazione delle componenti necessarie della condotta di fattispecie nella sua interezza.

Con questo contributo si è inteso offrire alcuni spunti per ripensare il reato complesso come prototipo di una tipicità unitaria originaria, sulla base di un metodo d'indagine volto a dare attenzione al nesso logico interno agli elementi di fattispecie, nonché al dato empirico.

Da entrambi questi piani – logico ed empirico – sono stati ricavati, infatti, i principali criteri di accertamento impiegati dalle Corti per ricavare l'unitarietà della condotta: la contestualità e la finalità. Benché si tratti di criteri derivabili dalle concrete modalità di realizzazione del fatto, il loro accertamento permette di cogliere un profilo importante del reato complesso, utile alla sua comprensione anche sul piano normativo: il legame che avvince i "reati" in esso racchiusi attribuisce loro un significato e una rilevanza del tutto nuovi, contribuendo a darne una lettura "originale" e diversa da quella, invero più accreditata, secondo la quale essi sarebbero autonomi reati (fra loro in concorso). Si potrebbe infatti ritenere che, venendo i "reati" a configurare elementi costitutivi o circostanze aggravanti di un altro reato, tali riferimenti vadano intesi più semplicemente come tali e nelle vesti di richiami ad "elementi" di una più ampia fattispecie, da ricostruire, in via ermeneutica, alla stregua delle tipologie di casi normalmente riconducibili alle norme incriminatrici del cui rinvio si tratta; e, in ogni caso, tenuto conto del nesso che lega tali elementi in concreto: un fattore che imprime alla fattispecie complessa una fisionomia unica e unitaria, non scomponibile.

Come già illustrato, non è necessario che la violenza, elemento del reato complesso di rapina, integri il reato di percosse; piuttosto, che tale riferimento apra all'interprete uno scorcio sulle molteplici varianti di tale condotta, così da cogliere di essa i tratti necessari e sufficienti che, posti in relazione con gli altri elementi della fattispecie complessa, consentano l'accertamento della condotta che ne costituisce l'ossatura portante (come visto, la violenza potrà

corrispondere anche ad un mero tentativo di percosse o ad altre forme più articolate di coazione come la violenza privata o la violenza sessuale).

Si è rilevato che queste riflessioni presuppongono a monte un particolare modo d'intendere la tipicità, come tema, cioè, inquadrabile da diverse prospettive: l'una più interessata a sondare il dato linguistico impiegato per descrivere il reato-elemento e la tipologia di fenomeni connessi a tale rinvio; l'altra, che abbiamo fatto corrispondere alla "qualificazione", diretta a valorizzare l'aspetto dinamico-applicativo della norma penale, tanto in astratto, quanto in concreto.

Nella sua prima versione, tratta, cioè, dal testo della fattispecie, la tipicità sembra porre, per lo più, un problema interpretativo; nella seconda versione, invece, l'analisi si sposta su un diverso piano, relativo, più specificamente, alla potenziale produzione degli effetti giuridici della norma penale.

Assumendo che sia possibile considerare i riferimenti ad altri reati contenuti nella fattispecie di reato complesso come indici descrittivi diretti a fornire un ausilio ermeneutico al giudice, ne consegue che l'unitarietà del reato complesso non sia da considerarsi necessaria derivazione del concorso apparente di norme, bensì possa essere colta, originariamente, sul piano della logica interna alla fattispecie complessa, dotata di proprio precetto e di propria sanzione; e corroborata, in sede di accertamento, dalla prova del nesso di strumentalità tra gli elementi del reato complesso.

La differenza tra tipicità unitaria originaria e derivata (o sopravvenuta), che in questo scritto è stata ripresa a giovamento dell'esposizione, avrebbe di per sé scarso rilievo; senonché considerare il reato complesso una forma di concorso apparente di fatto ha delle implicazioni di un certo peso, come, ad esempio, permettere la reviviscenza delle fattispecie soccombenti una volta che quella principale non possa più trovar luogo per mancanza di una condizione di procedibilità o per l'intervento di una causa di non punibilità<sup>66</sup>. Partendo da premesse di unitarietà originaria, ove il reato complesso non potesse trovare applicazione, la soluzione sarebbe piuttosto di escludere la rilevanza di qualsivoglia fattispecie.

Il criterio del *ne bis in idem* sostanziale, al quale infine siamo giunti nella nostra trattazione, tra i criteri regolatori del concorso apparente di norme, integra un argomento forte, sia in dottrina che in giurisprudenza, a sostegno della *ratio* dell'art. 84 Cp: il reato complesso sarebbe, cioè,

---

<sup>66</sup> Su questa prassi giurisprudenziale nuovamente si v. D. Brunelli, *Appunti, cit.*, 7, in particolare con riferimento a Cass. S.U. 12.6.2009, in CP 2009, 4135-7. In chiave critica (si vedano pp. 15-16 che qui si condividono), il contributo fa luce soprattutto sui casi rispetto ai quali la "riespansione" della norma generale avvenga per la non punibilità del fatto conforme alla fattispecie speciale, o per mancanza, rispetto a quest'ultima fattispecie, di una condizione di procedibilità. Quando la fattispecie (speciale) non possa essere applicata per mancanza di un elemento costitutivo, invece, sembrerebbe mancare la ragione per ammettere questa dinamica "espansiva", dovendosi piuttosto pensare che in simili casi ci si trovi di fronte alla più semplice atipicità (originaria) di un fatto. Quanto alla prima categoria di fenomeni, interessante è il caso della fattispecie di depistaggio (art. 375), all'interno della quale possono essere fatte rientrare le figure del favoreggiamento (art. 378 Cp) e delle false informazioni al p.m. (art. 371-bis Cp). L'art. 375 co. 8 Cp prevede una causa di non punibilità per i casi di depistaggio riguardanti fattispecie di reato procedibili a querela e la querela non sia stata proposta. Ci si domanda se, quando ciò occorra, possano comunque trovare applicazione le altre fattispecie prima menzionate, per le quali tale causa di non punibilità non vale. Lett.: "*I reati che sarebbero derogati da quello speciale, la cui punibilità è esclusa per motivi di "opportunità", trovano normale applicazione perché viene meno la ragione della deroga e, dunque, emerge in qualche modo la rilevanza della distinzione tra tipicità unitaria originaria e tipicità unitaria sopravvenuta?*" (pp. 8-9). Sono diversi gli esempi analoghi, tra i quali uno dei più noti investe la riforma dei reati di false comunicazioni sociali: il passaggio dalla fattispecie contravvenzionale generale (art. 2621 Cc) a quella delittuosa speciale (art. 2622 Cc), procedibile a querela, imponeva di capire se l'improcedibilità del delitto comunque comportasse l'inapplicabilità della contravvenzione. Contrario a questa tesi G. De Vero, *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in Riv. it. 2003, 739. A favore, invece, T. Padovani, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in CP 2002, 1560.

espressione di questo principio e assumerebbe, in queste vesti, una dignità che lo affrancherebbe dal concorrente criterio di specialità, al quale l'art. 84 Cp viene anche spesso ricondotto.

Ebbene, alla luce delle premesse esposte, e stabilito che il criterio del *ne bis in idem* consiste in una prescrizione rivolta al giudice (per l'esattezza, in un vero e proprio divieto), essenzialmente ispirata ai principi di proporzione e ragionevolezza, sembra possibile sostenere che l'autonomia e l'unitarietà originaria della tipicità del reato complesso possano essere ricavate facendo appello anche (e ancor prima) ad un approccio empirico<sup>67</sup>, che orienta l'accertamento, e alla logica giuridica che spiega le relazioni tra le componenti della norma penale fornendo utili spunti alla comprensione del concetto di qualificazione giuridica. La tipicità del reato complesso (*ergo*, la sua qualificazione nei termini di fattispecie unitaria e autonoma) sarebbe quindi un *prius* rispetto alla valutazione che il *ne bis in idem* prescrive al giudice.

L'autonomia e l'unitarietà originaria del reato complesso potrebbero essere in conclusione dedotte facendo leva su criteri che intervengono in una fase necessariamente preliminare al giudizio di esclusione della duplice qualificazione e della duplice applicazione sanzionatoria. Più che il *ne bis in idem*, dunque, i criteri della logica giuridica e della logica "empirica", che assistono l'applicazione delle massime di esperienza nella fase di accertamento, potrebbero rappresentare, congiuntamente, il possibile fondamento di una fattispecie dai tratti all'apparenza "fuorvianti", ma non per questo sottratta alle condizioni necessarie che regolano la qualificazione penale.

---

<sup>67</sup> Per un *excursus* sulla formazione delle massime di esperienza tra senso comune e conoscenza scientifica, e con approccio critico rispetto all'impiego di tali massime per la loro derivazione incerta e ambigua, cfr. R. Palavera, *Scienza e senso comune nel diritto penale. Il ricorso problematico a massime di esperienza circa la ricostruzione della fattispecie tipica*, Pisa 2017, 22 ss.



## MISURA SOGGETTIVA E INDICI DI RIMPROVERABILITÀ. UNA CRITICA ALLE CONCEZIONI ULTRA-NORMATIVE DELLA COLPA

di Donato Castronuovo (*Professore ordinario di Diritto penale, Università di Ferrara*)

Mentre sul versante dottrinale persistono ricostruzioni teoriche che determinano una nozione ultra-normativa e iper-oggettiva della colpa penale, la quale si risolve in definitiva nella mera violazione di una regola cautelare causalmente collegata all'evento, nella giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni – in particolare dell'ultimo lustro – si è delineato un meritorio orientamento della Quarta Sezione che (in assonanza almeno implicita con altre e riconoscibili impostazioni dottrinali) valorizza la *misura soggettiva* anche in contesti diversi da quello sanitario e in cui non è riproducibile la limitazione legata al grado della colpa: è il caso, segnatamente, della sicurezza del lavoro. Un contesto, dunque, strutturalmente “ostile” a una “soggettivazione” della colpa, nell'ambito del quale, tuttavia, si registrano già numerose pronunce innovative che danno rilievo *scusante* a situazioni di *inesigibilità* (della condotta rispettosa del dovere oggettivo di diligenza) con conseguente annullamento della condanna del garante, pur in concomitanza di una riscontrata inosservanza cautelare. A questi esiti si giunge mediante valorizzazione di taluni *fattori di individualizzazione del giudizio*, ricostruibili come elementi di esclusione (o riduzione) della colpevolezza, e in particolare di dati soggettivi e situazionali riguardanti la concreta conoscenza o conoscibilità di un rischio specifico, spesso riconducibile, in queste vicende, a una prassi operativa scorretta da parte dei lavoratori, poi causativa dell'evento.

While on the doctrinal side there persist theoretical reconstructions that determine an ultra-normative and hyper-objective notion of criminal guilt, which is ultimately resolved in the violation of a precautionary rule, in the jurisprudence of recent years there has emerged a meritorious orientation of the Fourth Section of the Supreme Court that (in assonance at least implicitly with other and recognisable doctrinal approaches) enhances the “subjective measure” also in contexts other than the medical one and in which the limitation linked to the degree of guilt cannot be reproduced. This is the case, in particular, of safety at work. A context, therefore, structurally ‘hostile’ to a ‘subjectivisation’ of culpability, within which, however, there are already numerous innovative pronouncements that give exculpatory importance to situations of “inexigibility” (of conduct complying with the objective duty of care) with consequent annulment of the conviction, even in conjunction with a proven failure to comply with precautionary measures. These results are reached through the valorisation of certain factors of individualisation of the evaluation, which can be reconstructed as elements of exclusion or reduction of culpability, and in particular of subjective and situational data concerning the concrete knowledge or awareness of a specific risk, often ascribable, in these cases, to an incorrect operational practice on the part of the workers, which then caused the event.

SOMMARIO: 1. *What we talk about when we talk about... negligent offender*: l'autore colposo, questo sconosciuto. - 2. L'espansione della colpa, il progressivo affinamento giurisprudenziale della categoria, i suoi residui ma ancora consistenti deficit costituzionali. - 3. La misura soggettiva e l'individualizzazione del giudizio. - 4. Limiti alla individualizzazione del giudizio. - 5. Fattori di esclusione o riduzione della colpevolezza: un catalogo (incompleto). 5.1. Scusanti tipizzate. - 5.2. Situazioni non tipizzate. - 6. Accordi e disaccordi dottrinali sulla individualizzazione del giudizio. - 7. Passi avanti della giurisprudenza: una (inedita) rassegna. - 8. La colpevolezza a detrimento della tipicità?

1. - Vorrei iniziare queste riflessioni evocando una questione preliminare, ben nota, che suona come un paradosso, forse apparente, ma non trascurabile in un convegno, come questo pisano, dove si parla di *persona e colpevolezza* in riferimento alla responsabilità penale<sup>1</sup>.

La questione è la seguente: *chi è l'autore colposo?* Si tratta di una realtà soggettiva “afferrabile”, che può essere indagata e fatta oggetto di studio? In parole povere, di cosa parliamo quando parliamo di autore colposo?

La risposta è tanto nota quanto vagamente inquietante, e può, qui, soltanto essere ribadita: *non lo sappiamo*. Non conosciamo poi tanto dell'autore colposo. Il suo studio appare oltremodo difficile, nella misura in cui si risolve, in definitiva, nell'indagine su qualcuno che si rivela troppo simile all'investigatore. I suoi tratti criminologici sono poco caratterizzati: gli autori colposi sono dovunque. Gli autori colposi siamo noi<sup>2</sup>.

Ecco perché – mentre gli studi sull'autore doloso sono risalenti e ben ponderosi – storicamente ha sempre stentato a svilupparsi una criminologia (una psicologia criminale, un'antropologia criminale, una sociologia della devianza, una profilazione criminologica) dell'autore colposo. E d'altronde: nella *percezione sociale*, l'autore colposo è davvero avvertito come un *criminale*? Certo, in qualche contesto fattuale, per lo meno in tempi recenti, sì: pensiamo agli incidenti stradali causati da persone sotto l'effetto di alcool o altre droghe. In altri ambiti, assai meno: nella percezione comune, certe figure di autori colposi finiscono per assomigliare piuttosto a individui assai *sfortunati* che a veri e propri *rei*<sup>3</sup>. Una sensazione di relativa estraneità all'universo criminale destinata ad accrescersi grandemente al cospetto delle tragiche vicende solitamente evocate a proposito della questione della *poena naturalis*<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Persona, colpevolezza, pena. Libero arbitrio e imputazione normativa della responsabilità*, Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Pisa, 7-8 febbraio 2024.

<sup>2</sup> La persistente *aspecificità* dell'autore del reato colposo finisce per inverare, anche sotto questo profilo, il noto giudizio, secondo il quale l'uomo, in fondo, è un «essere colposo»: K.A. Hall, *Über die Leichtfertigkeit. Ein Vorschlag de lege ferenda*, in *FS E. Mezger*, München, Berlin 1954, 248: «Nicht der Vorsatz, sondern die Fahrlässigkeit kennzeichnet den Menschen. Der Mensch ist ein fahrlässiges Wesen. Und das ist – vielleicht – größere Schuld».

<sup>3</sup> Sullo *Zufallsmoment*, la componente aleatoria, di fortuito, che caratterizza il reato colposo, cfr. nella dottrina nostrana: G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, 121 ss.; N. Mazzacava, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano 1983, 32 ss., 244 ss.; Id., *L'apparente prossimità della colpa penale a garantismo e ultima ratio*, in M. Donini, R. Orlandi, a cura di, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna 2013, 40 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova 1993, 332-339; L. Eusebi, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *RIDPP* 2001, 1068, 1078; Id., *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 1204; M. Mantovani, «Diritto penale del caso» e prospettive «de lege ferenda», in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli 2011, 1080 ss.; L. Cornacchia, *Responsabilità colposa: irrazionalità e prospettive di riforma*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2, 2022, 1 ss. Volendo, per una trattazione alla luce delle acquisizioni filosofiche in tema di *Moral Luck*, D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 105-128, anche per i necessari riferimenti alla dottrina penalistica tedesca; nell'ambito della quale, più di recente e in generale, si vedano: B. Burghardt, *Zufall und Kontrolle. Eine Untersuchung zu den Grundlagen der moralphilosophischen und strafrechtlichen Zurechnung*, Tübingen 2018; R. Zaczyck, *Über Zufall und Kontrolle im Strafrecht*, in *Goldtdammer's Archiv*, 2021, 147 ss.

<sup>4</sup> Sulla quale, da ultimo, C. cost. 25.3.2024, sent. n. 48, con esito di non fondatezza della questione di illegittimità costituzionale dell'art. 529 c.p.p. – sollevata in riferimento agli artt. 3, 13 e 27 co. 3 Cost. – «nella parte in cui, per i procedimenti relativi a reati colposi, non prevede la possibilità di emettere sentenza di non doversi procedere allorché l'agente, in relazione alla morte di un prossimo congiunto cagionata con la propria condotta, abbia già patito una sofferenza proporzionata alla gravità del reato commesso». Sulla pronuncia, e già prima sulla questione di costituzionalità, si leggano i commenti di: M.E. Florio, *La riscoperta della poena naturalis: note a margine di una recente questione di incostituzionalità*, in [www.laegislazionepane.eu](http://www.laegislazionepane.eu) 15.11.2023; M. Mantovani, *Precisazioni su poenae naturales e delitti colposi*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 10.6.2024; T. Padovani, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 17.4.2024; M. Zincani, *Pene naturali: ci*

La aspecificità criminologica dell'autore colposo si spiega anche e soprattutto in funzione del contesto di base lecito in cui si sviluppa generalmente la condotta imprudente o inosservante. Manca perciò un approfondimento criminologico su questa figura. Con l'eccezione, forse, negli ultimi decenni, di alcuni studi sulla colpa *nelle* e *delle* organizzazioni e, in maniera meno sviluppata, nelle attività con profili spiccati di interazione. Ma degli autori colposi, così simili a noi, sappiamo comunque molto meno nel confronto con quegli autentici "estranei" (=diversi da noi) che sono gli autori dolosi, che, loro sì, riempiono le pagine dei manuali di criminologia. Ne deriva che siamo di fronte a una evidente asimmetria: tra accresciuta importanza del fenomeno (*criminalità colposa*) e carente copertura cognitiva sul versante soggettivo (*autore colposo*). Da un lato, sta l'incremento – segnalato da oltre un secolo – della criminalità colposa, al quale si è accompagnato un significativo sviluppo speculativo, giurisprudenziale e persino legislativo (colpa medica, colpa stradale, colpa nautica) sperimentato dal reato colposo; dall'altro lato, però, il discorso sulla responsabilità colposa presenta ancora vistose "zone d'ombra", non soltanto (o non tanto) dal punto di vista della teoria del reato, ma soprattutto sul piano criminologico.

Questo – parziale, ma in una certa misura irriducibile – vuoto conoscitivo ha un impatto, temo, sulla costruzione giuridica dei modelli imputativi della responsabilità colposa: tanto quelli oggettivi, quanto quelli soggettivi. A fronte della *aspecificità* degli autori, quale sarebbe il parametro tipologico (basato su nozioni empiriche e criminologiche) dei singoli, differenziati agenti modello? In carenza di criteri di «modellizzazione» offerti dall'apporto delle scienze comportamentali, sociologiche, antropologiche, criminologiche, cognitive, su cosa basare la costruzione di *standard* normativi affidabili?<sup>5</sup> Maneggiamo, dunque, *Massfiguren* tipologicamente vuote? E la colpa come inosservanza: consisterebbe, dunque, in ultima analisi, nella violazione di apparati regolativi ignari delle caratteristiche dei destinatari ai quali si vorrebbero imporre quei comportamenti formalmente prudenti e diligenti? Se manca persino una classificazione tipologica, utile a orientare nella ricostruzione – sul piano della tipicità soggettiva – di agenti modello e di statuti cautelari che si assumono trasgrediti, quanto di autenticamente soggettivo è sperabile poi di recuperare in sede di giudizio di colpevolezza colposa sopra quel singolo autore, nella singolare *tranche de vie* in cui si è trovato ad agire od omettere in maniera illecita?<sup>6</sup>

Sono interrogativi ai quali è difficile dare risposta, ma che occorre per lo meno tener ben presenti nella loro carica problematica quando si discute di colpa in un contesto, quello della responsabilità penale, caratterizzato dall'esigenza (intesa quale fondamento e limite) di una *personalizzazione* dell'addebito.

2. – Come anticipato, la dottrina denuncia solitamente, e da tempo, un fenomeno politico-criminale e giurisprudenziale di "espansione" della responsabilità colposa in ambito penalistico; nel mentre, ragioni di ordine costituzionale imporrebbero (impongono), sul piano interpretativo, una nozione selettiva di "colpa penale".

---

rivedremo presto. Un commento a prima lettura della sentenza n. 48/2024 della Corte costituzionale, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com) 25.3.2024.

<sup>5</sup> Cfr., sul punto, le riflessioni di F. Centonze, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, in *RIDPP* 2018, 1626 ss., in part. 1631 s., 1648 ss., 1650 s., 1657 ss., 1662 ss.

<sup>6</sup> Sulle possibilità di valorizzazione dell'accertamento della colpa, e in particolare della misura soggettiva, derivanti dalle neuroscienze, si rinvia a C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino 2016, 269 ss.; M. Di Florio, *Colpevolezza, conseguenze sanzionatorie e neuroscienze in rapporto al diritto penale*, Pisa 2020, 159 ss. (anche per ulteriori riferimenti).

E infatti, sul piano “programmatico”, già secondo il codice penale (ben prima, quindi, della Costituzione repubblicana), la colpa dovrebbe essere un criterio “eccezionale” di ascrizione della responsabilità penale nei delitti, alla stregua di quanto dispone l’art. 42; nonché un “elemento psicologico” del reato, stando all’intitolazione dell’art. 43.

Sul piano della realtà del diritto vivente, abbiamo invece assistito: a un ipertrofico sviluppo della criminalità colposa, legato ai mutamenti socio-economici e tecnologici<sup>7</sup>; a una inarrestabile proliferazione di procedimenti penali per eventi che si assumono causati colposamente<sup>8</sup>; all’utilizzo di una nozione di colpa troppo spesso ultra-normativa e iperoggettiva, poiché fondata sulla sola inosservanza di una regola cautelare causalmente legata all’evento<sup>9</sup>.

Allo stadio attuale della elaborazione dogmatica (dottrinale e giurisprudenziale) la colpa penale denuncia profili ancora deficitari sul piano della coerenza con i principi costituzionali di legalità e di colpevolezza: sebbene, è doveroso riconoscerlo, in misura un po’ ridotta rispetto al passato.

Sul piano dell’evoluzione teorica, si può osservare che la ricostruzione dottrinale della colpa è stata progressivamente recepita, e in ampia parte, dalla giurisprudenza, specie di legittimità, che anzi è divenuta nel tempo una co-protagonista di questi sviluppi concettuali. In tema di colpa, si può registrare una lenta ma costante evoluzione della giurisprudenza penale, alimentata dall’enorme importanza assunta nella prassi giudiziaria dalle ipotesi di responsabilità per la causazione involontaria di eventi dannosi, in diversi settori di attività capaci di innescare rischi per lo più tecnologici, talora anche su vasta scala e ad ampio spettro offensivo.

Ne è derivato un progressivo affinamento dei criteri dell’imputazione colposa. Un affinamento ravvisabile sia nell’emersione del necessario *profilo normativo della condotta*, che, per ragioni garantistiche di determinatezza e di colpevolezza, deve pur sempre consistere nella violazione di una regola cautelare pre-data<sup>10</sup>; sia su quello della *individuazione dei soggetti* in contesti

<sup>7</sup> Del tutto evidente è la perfetta adeguatezza del criterio colposo di imputazione della responsabilità ai mutamenti sociali e tecnologici della società del rischio: indubbio che la colpa – assieme alle categorie del pericolo, del reato proprio, dell’omissione – sia assai più funzionale del dolo a un diritto penale della prevenzione e della sicurezza, nei diversi contesti di rischio *ab origine* lecito.

<sup>8</sup> Spesso in contesti – di rischio lecito o consentito – “soggettivamente complessi”: pluripersonali, relazionali, organizzati.

<sup>9</sup> Una nozione, dunque, assai lontana da un elemento “psicologico”, secondo la nomenclatura del codice.

<sup>10</sup> Il pieno recepimento giurisprudenziale di questo carattere strutturale del tipo colposo si colora, da ultimo, finanche di un eccessivo *purismo normativista*, nel senso di un’adesione drastica alla concezione *normativa* della colpa. Il riferimento va al recentissimo orientamento emerso in alcuni arresti della Quarta Sezione (orientamento ricostruito e autorevolmente difeso da S. Dovere, voce *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 579 ss., in part. 581 ss.), proteso ad abbandonare del tutto l’agente modello (o criterio dell’*homo eiusdem professionis et condicionis*), in ragione della sua manipolabilità interpretativa, a beneficio della pura individuazione della regola di cautela che si assume violata; forse trascurando, però, che l’agente modello è proprio e soltanto *uno strumento di individuazione* della regola cautelare allorché questa non risulti positivizzata in maniera “rigida” o completa. In varie ipotesi concrete, l’individuazione della regola cautelare – la cui trasgressione rende tipica la condotta – difficilmente potrà prescindere da un riferimento a un *parametro comportamentale inespresso* (uno standard “normativo” riconducibile al tipo di attività svolta), manipolabile fin che si vuole, ma, in quelle ipotesi, indispensabile alla ricostruzione del tipo colposo tutte le volte in cui non si dia un apparato regolativo positivizzato o allorché questo si riveli “elastico” oppure di per sé non esaustivo. Il problema sembrerebbe, allora, quello del corretto utilizzo dello strumento di individuazione della regola da porre eventualmente a fondamento della tipicità colposa nel caso concreto, operando secondo moduli di prevedibilità ed evitabilità autenticamente *ex ante*. In altre parole, per eludere gli effetti nocivi delle distorsioni cognitive più tipiche (*hindsight bias* e *outcome bias*: sui quali, cfr. le puntuali riflessioni di S. Dovere, voce *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, 581 s.), non pare sufficiente abbandonare ogni riferimento all’agente modello, se poi la regola cautelare è rinvenuta comunque

pluripersonali, organizzati o meno<sup>11</sup>; sia, ancora, dal punto di vista della *causalità della colpa* e del *nesso di rischio* (rilevanza del comportamento alternativo lecito, concretizzazione del rischio specifico nell'evento verificatosi)<sup>12</sup>.

Sul piano della decostruzione analitica, in sintesi schematica, si dice comunemente che la colpa, dal punto di vista strutturale, ha una doppia misura o collocazione sistematica: si parla di *misura oggettiva* (momento in cui si apprezza la tipicità – oggettiva e soggettiva – del fatto, dove rileva la violazione della regola cautelare o del dovere di diligenza secondo il parametro di prevedibilità ed evitabilità dell'agente modello più prossimo all'agente in carne e ossa)<sup>13</sup>; e di *misura soggettiva* della colpa (momento del giudizio di colpevolezza colposa, di verifica circa l'esigibilità del comportamento atteso, in considerazione di fattori situazionali e individuali)<sup>14</sup>.

Nonostante questa nozione sia abbastanza accreditata<sup>15</sup>, e condivisa oramai anche dalla giurisprudenza della “Quarta”<sup>16</sup>, il criterio colposo di imputazione denuncia pur sempre, assieme al deficit di legalità/determinatezza, anche un deficit di colpevolezza.

---

assecondando logiche del senno di poi che muovano dalla tendenza a sovrastimare, *ex post*, la capacità di prevedere ed evitare (superiore persino a quella dell'agente modello del fatto “storico”). Sul tema delle distorsioni cognitive, si veda, ad es., la interessante motivazione dispiegata in Cass., Sez. IV, 11.2.2020, dep. 18.5.2020, n. 15258, A.S. (rel. Dovere). Per un commento alla pronuncia, F.C. La Vattiata, *La misura di esigibilità del comportamento diligente del sanitario in relazione al grado di riconoscibilità della situazione di rischio: due concetti “antichi” trovano riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria*, in *FI* 2021, II, 61 ss. Per una compiuta ricostruzione storica del parametro dell'agente modello, G.P. Demuro, *Homo eiusdem professionis et condicionis (profili storici)*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 607 ss.

<sup>11</sup> Benché, sulla individuazione dei “garanti”, permangano forti deformazioni nella prassi giurisprudenziale. Per delle “messe a punto” recenti sui vari istituti coinvolti dall'individuazione dei soggetti “garanti” (intesi come gestori del rischio), ma anche sulla sussistenza ed estensione del dovere cautelare in contesti relazionali e non, cfr. M. Mantovani, voce *Affidamento (principio di)*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 1 ss.; F. Argirò, *Agevolazione colposa*, *ibidem*, 20 ss.; L. Cornacchia, *Colpa d'équipe*, *ibidem*, 41 ss.; L. Riscato, *Cooperazione colposa*, *ibidem*, 321 ss.; V. Torre, *Organizzazioni complesse e reati colposi*, *ibidem*, 888 ss.; F. Consulich, *Rischio consentito*, *ibidem*, 1102 ss., in part. 1117 ss. Si rinvia, inoltre, ai notevoli approfondimenti (tra loro in parte dissonanti), svolti in sede monografica negli ultimissimi anni, da: F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino 2023, *passim*; e A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa 2022, *passim*. Cfr. inoltre D. Brunelli, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa 2023, 147 ss.

<sup>12</sup> Nella elaborazione dottrinale più recente, cfr. A. Perin, *Concretizzazione del nesso di rischio*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 283 ss.; K. Summerer, *Evitabilità dell'evento e comportamento alternativo lecito*, *ibidem*, 489 ss.; F. Consulich, *Rischio consentito*, *ibidem*, 1102 ss.; S. Dovere, *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, cit., 597 ss.

<sup>13</sup> Così nella ricostruzione più consueta, tanto nelle elaborazioni dottrinali quanto nelle premesse teoriche svolte dalla giurisprudenza (al netto quindi dell'orientamento che proclama il commiato dal parametro dell'agente modello di cui si è dato conto *supra*, nota 9).

<sup>14</sup> Al di là delle confusioni terminologiche che la distinzione misura oggettiva vs. misura soggettiva è in grado di ingenerare, resta però chiaro che la tipicità colposa è già tipicità (oggettiva e) *soggettiva* (in funzione di quel primo “adeguamento” umanistico collegato al parametro dell'agente modello differenziato), pur parlandosi, a questo stadio della ricostruzione sistematica, secondo la denominazione invalsa, di “misura *oggettiva*”, nel senso che la valutazione è ancora “impersonale”. La “misura *soggettiva*”, che si apprezza in sede di colpevolezza (colposa), riguarda un giudizio di individualizzazione in cui possono entrare in gioco eventuali fattori personali e situazionali incidenti sulla esigibilità in concreto della condotta attesa (indici di rimproverabilità “soggettiva”, nel senso di individuale e personale). Per la proposta di distinguere una misura oggettivo-soggettiva (tipicità soggettiva colposa) e una soggettivo-individualizzante (colpevolezza colposa), si permetta di rinviare, da ultimo, alla mia “voce” *Colpa penale*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 227 (con ulteriori riferimenti).

<sup>15</sup> La più esatta sintesi manualistica si rinviene in S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*<sup>2</sup>, Bologna 2017, 464, 491-493.

<sup>16</sup> Cfr. *infra*, § 7. Tra i contributi dottrinali che fanno propria questa ricostruzione e che sono riconducibili ad

Il *deficit di legalità*, sotto forma di determinatezza, riguarda la fattispecie in rapporto alla struttura dinamicamente “aperta” del tipo colposo. La cifra caratteristica del tipo colposo – in un certo senso: la sua *quintessenza* – sta proprio nel rivelarsi una fattispecie “programmaticamente” aperta e bisognosa di integrazione normativa a mezzo di regole cautelari: (cagionare) “per colpa” significa, in prima battuta, (causare) con violazione di un dovere di diligenza rappresentato da standard cautelari intesi come (vale a dire: traducibili in) regole di condotta.

Debbo qui concentrarmi, nel rispetto del tema affidatomi dagli organizzatori del convegno, sul *deficit di colpevolezza*<sup>17</sup>. Del resto, le insufficienze ancora denunciate dalla categoria della colpa riguardano soprattutto la sua *misura soggettiva*: il fatto è che questo secondo livello di analisi, quello della colpevolezza colposa, che presuppone un giudizio “individualizzato” o “personalizzato” di responsabilità, pur essendo oggetto in tempi a noi più vicini di significative e crescenti “aperture” anche giurisprudenziali, è stato sistematicamente negletto per un lungo frangente anche dalla dottrina, oltre che dalla giurisprudenza.

Quali le cause di questo bilancio ancora tutto sommato deficitario in termini di misura soggettiva della colpa? Si tratta di un esito per certi versi paradossale, non soltanto perché saremmo al cospetto di un elemento “soggettivo” (e addirittura) “psicologico” del reato, secondo l’intitolazione dell’art. 43 Cp; ma anche perché sono tutt’altro che superate le impostazioni sistematiche (anche manualistiche) tendenti a considerare la colpa (come pure il dolo) esclusivamente quale elemento della colpevolezza (del tutto estraneo al fatto), benché secondo ricostruzioni che ne svelano, poi, tratti fortemente oggettivanti che valorizzano esclusivamente l’inosservanza di uno standard normativo di riferimento<sup>18</sup>.

Non è estranea, allora, al *deficit* di colpevolezza, anzitutto, la nozione più diffusa di colpa penale, così come (ancora) professata allo stadio attuale della sua evoluzione teorica.

Il successo delle “concezioni normative della colpa”, accanto agli indubbi meriti di chiarificazione strutturale del requisito d’imputazione in esame (la colpa è prima di tutto violazione di una regola cautelare), ha generato, quale effetto collaterale, un processo di *ultra-normativizzazione* e di *iper-oggettivazione* dell’elemento (soggettivo?) “colpa”, incentrato soltanto sul momento dell’illiceità (letteralmente dell’antigiuridicità come contrarietà a norme) desumibile dal carattere inosservante del comportamento tenuto: un elemento del reato, quindi, deprivato della componente di colpevolezza e, comunque, di un afferrabile profilo “soggettivo-

---

autori che sono anche componenti della magistratura, si vedano, ad es., anche per riferimenti ulteriori: C. Brusco, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli-Bianco)*, Milano 2017, 331 ss.; R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*<sup>2</sup>, Torino 2023, 333 ss.; E. Di Salvo, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, in *CP 2020*, 4776 ss.; S. Dovero, voce *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, cit., 600 s.

<sup>17</sup> Invece, per approfondimenti sul deficit di determinatezza e sulla ricostruzione del *Tatbestand* colposo (la “concretizzazione” della colpa nella fattispecie), si permetta di rinviare, anche per gli opportuni riferimenti, a D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 213 ss. (parte seconda: «La struttura della fattispecie colposa. Dalle definizioni legali ai meccanismi d’integrazione normativa e d’interazione sociale»), in part. 215 ss., 279 ss. Per una sintesi aggiornata, Id., voce *Colpa penale*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, cit., 200 ss.

<sup>18</sup> Un esempio plastico della concezione ultra-normativa, nella manualistica più autorevole, si rinviene in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*<sup>13</sup>, Milano 2024, 239 s. (oggettivismo e soggettivismo), 241 ss. (il fatto come insieme dei soli elementi oggettivi del reato), 245 e 388 (la colpevolezza come sede – esclusiva – del dolo e della colpa), 246 (la colpa come negligenza, imprudenza o imperizia oppure inosservanza di norme), 418 s. (la nozione di colpa, ossia di colpevolezza colposa, come «fondata su un giudizio interamente normativo»), 422 s. (il riferimento alla pluralità di agenti modello) 424 s. (limiti al processo di personalizzazione del giudizio di colpa), 433 (la colpa grave del medico, in relazione all’emergenza pandemica, come mero discostamento in misura rilevante dalle regole cautelari), 448 (colpa grave in generale come mero divario tra la condotta concreta e il modello di condotta).

individualizzante”. E non v’è dubbio che la propensione all’oggettivazione della colpa sia funzionale a scopi di tutela e di prevenzione generale di beni fondamentali in una società altamente complessa e tecnologizzata<sup>19</sup>. Ma a quale prezzo?

Così, persino quando si deve descrivere la “colpa grave” si resta invischiati in questa nozione normativo-oggettivante: negli autori che si riconoscono ancora in una nozione iper-oggettiva di colpa (seppure collocata, esclusivamente sotto il profilo toponomastico, nella colpevolezza), la colpa grave diventa soltanto gravità dell’inosservanza (quantità di divergenza tra condotta tenuta e comportamento atteso) e grado di prevedibilità e di evitabilità dell’evento: senza alcuna considerazione di elementi di individualizzazione del giudizio. In guisa da ridurre (anche) la colpa grave a *tipicità soggettiva (grave) senza colpevolezza*<sup>20</sup>.

Al di là delle dichiarazioni di principio, di fatto, dunque, per lungo tempo si è affermata una nozione iper-oggettiva e ultra-normativa della colpa, secondo la quale, una volta rinvenuta una regola cautelare violata, non ci sono *né santi né fanti* a cui votarsi: il soggetto risponde del fatto inosservante (e solo in questo senso “colposo”), in funzione di un’applicazione meccanica di un algoritmo. È fin troppo chiaro, però, come una tale nozione culturale sia costituzionalmente errata, perché ignora il principio di colpevolezza. Con la conseguenza di precludere la possibilità di disporre di una nozione *selettiva* di colpa penale, improntata ai principi (di legalità e) di colpevolezza. Occorre cioè attribuire necessaria rilevanza ad (eventuali) fattori di individualizzazione almeno parziale del giudizio di colpevolezza colposa.

3. - Momento qualificante della misura soggettivo-individualizzante è la valorizzazione di concreti fattori personali *situazionali* (riferibili al contesto) e *individuali* (riguardanti le capacità), concomitanti rispetto alla condotta, tali da far ritenere che il soggetto, pur avendo agito in violazione del *dovere*, non aveva tuttavia il *potere* di adeguarsi alle aspettative di diligenza rimaste deluse.

L’accertamento si sposta, perciò, sull’eventuale sussistenza di elementi “anomali” ai quali si possa attribuire una *funzione scusante*, quindi di esclusione della colpevolezza, nella misura in cui rendano in concreto “inesigibile” il rispetto del dovere di diligenza (pur nell’assenza di scusanti “tipizzate”)<sup>21</sup>; oppure, in alternativa, quantomeno una *funzione commisurativa* della pena, qualora quegli stessi elementi siano espressivi di una “esigibilità diminuita”, incidente sulla graduazione della colpevolezza stessa<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 13.5.2019, 1 ss.

<sup>20</sup> Così, a partire da una ricostruzione tutta oggettivante della colpa *tout court*, applicata alla colpa grave, P.F. Poli, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Milano 2021, 390 ss., in part. 397 s. (e qui la – forse troppo sbrigativa – confutazione del riferimento alla «esigibilità quale ulteriore criterio per la determinazione di gravità della colpa», in quanto «la valutazione della esigibilità del comportamento alternativo risulta, in realtà, *già incorporata* nell’impiego del parametro dell’agente modello»: *sic!*); Id., voce *Colpa grave*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 102 ss., in part. 129 ss. Che la colpa grave si apprezzi anche sul piano soggettivo (della colpevolezza colposa) ce lo aveva insegnato nel suo articolo della fine degli anni Sessanta del secolo scorso T. Padovani, *Il grado della colpa*, in *RIDPP* 1969, 819 ss. E nella stessa direzione (nesso colpa grave/individualizzazione del giudizio) sembrano procedere le interpretazioni rese sulle riforme in tema di colpa del medico e le disposizioni emergenziali in tema di limitazione della responsabilità alla sola colpa grave per il personale sanitario (sulle quali si tornerà *infra*, § 5 ss.). Ad ogni modo, per una dimostrazione di quanto qui soltanto abbozzato si consenta di rinviare al contributo monografico: *La colpa penale*, cit., 341 ss., 529 ss.; nonché in: *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, in *RIDPP* 2013, 1723 ss.

<sup>21</sup> Sostiene l’opportunità di una positivizzazione legislativa di tali scusanti G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa. Un breve giro di orizzonte*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu) 3 febbraio 2021, 21 ss.

<sup>22</sup> In generale, sulla categoria della inesigibilità (*Unzumtbarkeit*), nella dottrina nostrana – oltre a L. Scarano, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli 1948 – si veda su tutti: G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto*

Il *test* di colpevolezza dovrebbe consentire di sottoporre a verifica la tenuta dell'ipotesi di colposità del comportamento, già formulata in sede di tipicità soggettiva alla stregua della "figura-modello differenziata" (*homo eiusdem professionis et condicionis*), e comunque della violazione della regola cautelare individuata come "pertinente". Su questo piano ulteriore, si tratta cioè di *valorizzare* — a seconda dei casi, in chiave scusante oppure con funzione commisurativa — *eventuali fattori di distorsione* che esulano dalla standardizzazione propria del parametro normativo di riferimento, anche nelle sue versioni più precise in quanto attente a cogliere, nel ricostruire la figura modello e il relativo apparato regolativo, gli elementi di differenziazione tra diversi specifici settori e livelli specialistici di attività.

Trattandosi di un condensato di "astratte virtù normative", in quanto espressione metaforica delle pretese di diligenza imposte dall'ordinamento, l'*agente modello* si muove in uno spazio pur sempre "virtuale", alla stregua di un *avatar* forgiato su qualità standardizzate secondo parametri "ideali": al netto, quindi, dell'effettivo *potere* del soggetto di incarnare nel reale — con tutte le sue sfaccettature situazionali e motivazionali, anche anomale — tale modello deontologico. Lo stesso discorso riguarda, ove il riferimento all'agente modello non piaccia, la regola cautelare individuata come pertinente nel caso concreto<sup>23</sup>.

La possibilità di uno *scarto tra "modello" e "persona"*, meritevole di considerazione in sede di colpevolezza, sarà inversamente proporzionale, senza annullarsi del tutto, al grado di specializzazione dell'attività svolta in concreto e già valutata in sede di tipicità colposa. Il carattere di eventualità e di (soltanto relativa) rarità di questi fattori di distorsione non vale a far perdere loro la rilevanza scusante o commisurativa.

4. - Sul terreno della cosiddetta misura soggettiva si registrano, tradizionalmente, le difficoltà riguardanti i limiti all'individualizzazione o personalizzazione del giudizio di colpa.

Si tratta di obiezioni note e, se ben intese, non decisive, bensì superabili. È di intuitiva evidenza che il giudizio di individualizzazione in cui consiste la misura soggettiva non potrà mai coincidere con tutte le caratteristiche del soggetto agente: «trattandosi di un giudizio che è e deve restare "normativo", si dovrà necessariamente fare astrazione da qualcuna di esse»<sup>24</sup>. Ne va della conservazione o, al contrario, della dissipazione del carattere conformativo della regola di comportamento, già parametrata secondo il differenziato statuto cautelare pertinente all'attività in concreto esercitata<sup>25</sup>.

Resta esclusa, dunque, la rilevanza di tratti caratteriali o disposizioni emotive come *indifferenza, svogliatezza, superficialità, distrazione, disattenzione, imprevidenza,*

---

*penale*, Padova 1990 (anche per i necessari riferimenti alla letteratura tedesca); Id., voce *Inesigibilità*, in *DigDPen.*, Aggiornamento, X, 2018, 362 ss. Con riferimento precipuo al reato colposo, G. Civello, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino 2013, 287 ss.; C. Brusco, *La colpa penale e civile*, cit., 339 ss.; E. Di Salvo, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, cit., 4777 ss.; M. Grotto, voce *Scusanti della colpa*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 1153 ss. Da ultimo, per una ricognizione dei diversi momenti di emersione della nozione di inesigibilità in rapporto al reato colposo (sul piano oggettivo-impersonale, su quello soggettivo-individuale, in relazione al difetto di conoscibilità della regola cautelare e, infine, con riferimento al grado della colpa), S. Prandi, *L'inesigibilità nel prisma della colpa*, in *RIDPP* 2024, 1035 ss.

<sup>23</sup> Come già detto (*supra*, nota 9), l'agente modello va considerato esclusivamente alla stregua di uno strumento (un *medium*) per l'individuazione della specifica regola di comportamento che si assume violata nel caso concreto, tutte le volte in cui la stessa non sia già disponibile *aliunde*, sotto forma cioè di norma formalizzata. L'agente modello differenziato (e più prossimo a quello reale) costituisce semplicemente, in questi casi, il necessario parametro della prevedibilità ed evitabilità in concreto: non sostituisce la regola di comportamento, ma serve per individuarla.

<sup>24</sup> S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., 493. Cfr., inoltre, C. Piergallini, voce *Colpa (diritto penale)*, in *ED*, *Annali*, X, 2017, 244.

<sup>25</sup> Riassume i termini della questione, da ultimo, S. Prandi, *L'inesigibilità nel prisma della colpa*, cit., 1041 ss.



*avventatezza, sconsideratezza, ma anche timidezza, coraggio, baldanza, spavalderia, pavidità...*

Rimane invece controverso il ruolo da assegnare a caratteristiche fisiche o intellettuali riguardanti *difetti, menomazioni, cattive condizioni di salute, livello di socializzazione o scolarizzazione, conoscenze ed esperienze.*

Per un verso, l'opzione per l'una o l'altra soluzione dipende dal peso reciproco che si intende assegnare al *principio di colpevolezza* e alle esigenze di *prevenzione generale*.

Per altro verso, non va trascurato che talune condizioni personali del soggetto reale sono già prese in considerazione nella definizione del "dovere oggettivo-soggettivo" di diligenza (al livello dunque del fatto illecito) in quanto "standardizzate" in figure modello "differenziate": si pensi, in questo senso, al diverso "statuto cautelare" – valido nelle corrispondenti situazioni di rischio – riguardante l'automobilista portatore di *handicap*, o l'automobilista o l'autista "in fase di formazione", o il medico specializzando.

5. - Potranno trovare considerazione in sede di colpevolezza colposa – per escluderla (*rilevanza scusante*) o diminuirne la portata (*rilevanza commisurativa*) – fattori diversi, corrispondenti a situazioni individuali non standardizzabili secondo un modello di agente differenziato.

5.1. - Occorre considerare che il catalogo delle c.d. *scusanti codificate* (o, più in generale, delle limitazioni di responsabilità fondate su "fattori individualizzanti"), alle quali si può fare riferimento nel reato colposo, è un catalogo corto: e c'è chi, con buone ragioni, propone di allungare tale elenco in prospettiva *de lege ferenda*<sup>26</sup>.

Negli ultimi tempi, per vero, la lista delle scusanti tipizzate si è lievemente accresciuta, giungendo poco oltre le tradizionali categorie di "non punibilità" – caratterizzate da un inquadramento perennemente controverso – del *caso fortuito*, della *forza maggiore* e del *costringimento fisico*: vere e proprie esimenti "in cerca d'autore", da sempre sospese, nelle opinioni dottrinali e nell'elaborazione della giurisprudenza, tra l'esclusione della *suitas* o quella della colpa, tra ricostruzioni che gli attribuiscono rilevanza a livello di tipicità ed altre che gli accreditano funzione scusante<sup>27</sup>.

Una novella scusante codificata è identificabile, infatti, nell'ipotesi di *eccesso colposo in legittima difesa domiciliare*, introdotta nel 2019 all'art. 55 co. 2 Cp, il quale prevede l'esclusione della punibilità per «grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto»<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Si rinvia di nuovo a G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 21 ss. Per una riconsiderazione completa e aggiornata della categoria delle scusanti nel contesto del reato colposo, M. Grotto, voce *Scusanti della colpa*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, cit., 1153 ss. Più in generale, sullo statuto delle scusanti (e sulla differenza dalle scriminanti), F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano 2000, 148 ss.; E. Mezzetti, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra «Impossibile» ed «Inesigibile» nella struttura dello stato di necessità*, Torino 2001; E. Venafro, *Scusanti*, Torino 2002; R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005, 47 ss.; F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità, e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino 2018, 107 ss.; D. Piva, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli 2020, 205 ss.

<sup>27</sup> Cfr., per quest'ultima soluzione, ad esempio, G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 470 s.

<sup>28</sup> F. Consulich, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), n. 5, 2019, 1 ss.; F. Diamanti, *Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica*, Torino 2020, 77 ss.; Id., voce *Eccesso colposo*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 439 ss.; M. Dova, *Alterazioni emotive e colpevolezza*, Torino 2019; M. Grotto, voce *Scusanti della colpa*, cit., 1162 s.; D. Notaro, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino 2020, 301 ss.; A. Roiati, *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per*

Un riferimento a parte merita la possibilità di attribuire rilievo scusante alla situazione di emergenza determinatasi nel contesto della *pandemia da coronavirus*, con riferimento allo svolgimento delle attività sanitarie in condizioni di *stress* anche estremo, in funzione della quantità inedita di casi da trattare anche in relazione alle risorse disponibili, dell'elevato numero di decessi di pazienti, del rischio di contrarre l'infezione da parte degli stessi operatori, dello svolgimento di turni "massacranti", etc. A prescindere dalla natura che si pensi di attribuirle, pare riferirsi anche a fattori individualizzanti la limitazione della responsabilità alla sola colpa grave – introdotta provvisoriamente dall'art. 3-*bis* d.l. 1°/4.2021, n. 44 (convertito con modificazioni dalla legge 28.5.2021, n. 76) – per i fatti di omicidio o lesioni «commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza epidemiologica» da Covid-19. La causa di esclusione della responsabilità della "colpa non grave", come è stato osservato con esattezza, si radica sull'elemento rappresentato «dall'incidenza del contesto emergenziale sul regolare *modus operandi* degli operatori sanitari, incidenza da prendere in considerazione ai fini della pretesa di conformità alle cautele doverose e dunque del livello esigibile di rimproverabilità colposa»<sup>29</sup>.

Una proroga della limitazione di responsabilità sino al 31 dicembre 2024 è stata successivamente stabilita dall'art. 4, co. 7-*septies*, d.l. 30.12.2023, n. 215 (convertito con modificazioni dalla legge 23.2.2024, n. 18), dando rilievo espresso alla «grave carenza di personale». In occasione della proroga sono state parzialmente ridefinite le situazioni di applicabilità della limitazione della punibilità ai soli casi di colpa grave, stabilendo che «si tiene conto delle condizioni di lavoro dell'esercente la professione sanitaria, dell'entità delle risorse umane, materiali e finanziarie concretamente disponibili in relazione al numero di casi da trattare, del contesto organizzativo in cui i fatti sono commessi nonché del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato» (art. 4, co. 8-*opties*)<sup>30</sup>. Nel passaggio dal primo al secondo intervento del legislatore, può registrarsi, per un verso, il mancato riferimento al fattore (oggettivo-cognitivo) della limitatezza delle conoscenze scientifiche, sul quale si incentrava la previsione del 2021, considerato il diverso e più "maturo" contesto nomologico del 2023-2024; per altro verso, il ricorso espresso da parte dell'intervento di proroga all'elemento di contesto (situazionale/individualizzante) rappresentato dalle «condizioni di lavoro» del sanitario.

Nella clausola in questione, complessivamente considerata, sembra possibile individuare una figura di *non punibilità "soggettiva"* – in quanto fondata, tra l'altro, su una sorta di "scusante di contesto": quello emergenziale pandemico – riguardante i casi di "colpa non grave" derivanti non soltanto da *imperizia* (secondo il più limitato perimetro assegnato nel diritto vivente all'art. 590-*sexies* Cp), ma altresì da *negligenza* o *imprudenza*. Si tratta di esiti, opportunamente messi nero su bianco<sup>31</sup>, ai quali si poteva forse arrivare anche in via interpretativa, valorizzando, appunto, di volta in volta, i profili situazionali di contesto e la loro incidenza sull'esigibilità di

*contesto e per tipo d'autore*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), n. 1, 2020, 1 ss.

<sup>29</sup> Così, C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 1° giugno 2021. Cfr. inoltre Id., *Covid-19 e responsabilità colposa*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 341 ss. L'art. 3-*bis*, co. 2, d.l. n. 44/2021 stabilisce: «Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'esperienza».

<sup>30</sup> Evidenti i riferimenti ai differenziati agenti modello (mediante richiamo del personale non specializzato) e alla (qui opportunamente neutralizzata) colpa per assunzione (non grave).

<sup>31</sup> Per più che evidenti ragioni di rassicurazione nei confronti degli operatori sanitari impegnati sul fronte emergenziale e di uniformità di valutazione da parte della magistratura.

condotte alternative lecite e, in ultima analisi, procedendo alla verifica circa la possibilità di muovere un rimprovero di colpevolezza in quelle concrete circostanze emergenziali<sup>32</sup>.

5.2. - Secondo la ricostruzione che chi scrive predilige, alle sparute scusanti tipizzate riferibili al reato colposo (o alle ipotesi di non punibilità della colpa non grave fondate su eminenti profili “soggettivi”, come nel caso legato all’emergenza pandemica), possono aggiungersi *altre ipotesi non codificate* derivanti dalla «*applicazione diretta dell’art. 27, co. 1, Cost. ‘dentro’ all’art. 43 c.p.*»: ipotesi che, in presenza della violazione della regola di cautela, danno rilievo a situazioni anomale che possono rendere concretamente inesigibile la realizzazione della condotta “corretta”<sup>33</sup>. Scusanti, quindi, la cui “base legale” è direttamente fondata sul *principio di colpevolezza*, o meglio: sull’interpretazione “conforme” a Costituzione delle disposizioni del codice in tema di reato colposo<sup>34</sup>.

Le c.d. scusanti non codificate del reato colposo rappresentano, in altri termini, la concretizzazione del principio di personalità della responsabilità penale, nel suo contenuto di canone di colpevolezza: con la finalità ultima di implementare la ricerca di quel *coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto* che costituisce il carattere inalienabile di ogni responsabilità penale, anche di quella colposa<sup>35</sup>.

Inoltre, non riconoscendo alcun rilievo alle condizioni personali “anomale” in cui quel soggetto in carne e ossa si è trovato ad agire, si finirebbe per violare il *principio di uguaglianza*, trattando in modo identico situazioni soggettive diverse, accumulate soltanto dalla stessa inosservanza cautelare<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Cfr. anche *infra*, in questo stesso §, *sub i), iv) e v)*. Che si tratti di situazioni da apprezzare sul piano della colpevolezza colposa (e comunque della misura soggettiva) mi pare indubbio. Cfr. anche M. Caputo, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *DPP* 2021, 1187; *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni attorno a una tesi*, Roma 2021, 149 ss., in part. 168. Sui due interventi legati all’emergenza *pandemica* e, il secondo, anche a quella, ahinoi!, di crisi *endemica* in cui versa il sistema sanitario nazionale, con tratti ulteriormente ingravescenti negli ultimi tempi, si vedano altresì, tra i commenti più recenti: R. Bartoli, *Considerazioni sulla colpa grave in ambito sanitario a partire dall’esperienza del diritto penale pandemico*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 18.3.2024; E. Penco, *La “perenne emergenza” delle professioni sanitarie, dalla pandemia alla «grave carenza di personale»: limitazione della responsabilità e grado della colpa nel c.d. decreto “Milleproroghe”*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), n. 2, 2024.

<sup>33</sup> M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, cit., 27 (corsivo originale). Cfr. anche M. Grotto, voce *Scusanti della colpa*, cit., 1157.

<sup>34</sup> In questo senso, non rappresentano un ostacolo né la mancata codificazione delle scusanti, ma neppure la codificazione di regole “contrarie” a dare ingresso nel giudizio di responsabilità penale a determinati fattori di individualizzazione e personalizzazione del giudizio: è il caso della irrilevanza, ai fini dell’esclusione o diminuzione dell’imputabilità, degli *stati emotivi e passionali*, decretata, come noto, dall’art. 90 c.p.: una disposizione che, al di là della sua intrinseca problematicità, e del significato letterale, va pur sempre interpretata alla luce del (sovraordinato) principio costituzionale di colpevolezza.

<sup>35</sup> V. ancora M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 27 s. In una prospettiva sistematica diversa da quella delle scusanti, ma riferibile al tentativo di ottenere una ricostruzione più raffinata del parametro normativo dell’agente modello, si vedano le riflessioni di F. Centonze, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell’accertamento del “coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto”*, cit., 1626 ss., secondo svolgimenti che coinvolgono in maniera stringente il contributo delle scienze comportamentali per assicurare quel «coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto» conforme alla rilettura dell’art. 27 Cost. operata a partire dagli anni Ottanta dalla Consulta: «Per una verifica particolaristica del potere individuale di acquisire le conoscenze empiriche e nomologiche necessarie a riconoscere i rischi e del potere di percepire la concreta situazione di pericolo è necessario che lo standard pure oggettivo si costruisca sull’uomo reale, che agisce in ambienti complessi, con tutti i suoi limiti, compresi i deficit cognitivi. Solo in questo modo si potrà infatti davvero provare il coefficiente psicologico di partecipazione di *quell’autore a quel fatto*» (*ibidem*, 1653).

<sup>36</sup> Cfr. C. Brusco, *La colpa penale e civile*, cit., 363; E. Di Salvo, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo*

Tra le possibili situazioni che possono rilevare in concreto alla stregua di *scusanti non codificate (in maniera espressa)*, oppure come fattori di diminuzione della colpevolezza in sede di commisurazione della pena, purché si versi in presenza di una tipicità soggettiva già colposamente connotata dalla violazione cautelare, si pensi, in via esemplificativa, alle seguenti.

*i) Situazioni improvvise di stanchezza, debolezza o malessere:*

un operatore ospedaliero, che si è trovato a fronteggiare durante il suo estenuante turno un numero elevato di pazienti sopraggiunti, commette, alla fine, un errore diagnostico o terapeutico oppure (nel passaggio di consegne al collega subentrante) un errore informativo.

*ii) Perdita di capacità funzionale che determina un errore esecutivo:*

un chirurgo che ha sempre eseguito con perizia un determinato tipo d'intervento, per improvvisa perdita della "manualità fine", commette un errore operatorio;  
un anziano automobilista, che ha sempre guidato senza problemi la sua utilitaria, cagiona un incidente a causa della sopravvenuta perdita di riflessi;  
un automobilista, vittima in passato di un trauma cranico, causa un sinistro mortale dovuto al tempo di reazione impiegato per evitare un ostacolo, di poco superiore a quello "medio", che sarebbe valso a impedire l'impatto<sup>37</sup>.

*iii) Stress, spavento, agitazione, sorpresa o disorientamento:*

un motociclista si trova dinanzi a un ostacolo improvviso e impreveduto: una volta percepito correttamente il pericolo, sbaglia tuttavia la manovra di emergenza necessaria;  
un automobilista aggredito da energumeni armati di spranghe, nella concitazione del momento, riparte frettolosamente cagionando una lesione a un passante<sup>38</sup>.

*iv) Speciale difficoltà e/o urgente impellenza dell'intervento:*

esistono, come noto, esempi non rari vagliati dalla giurisprudenza in tema di colpa medica, precedente e successiva agli interventi di riforma del 2012 (decreto Balduzzi: d.l. n. 158/2012 conv. dalla l. n. 189/2012) e del 2017 (legge Gelli-Bianco: l. n. 24/2017)<sup>39</sup>;

---

*di colpa*, cit., 4791.

<sup>37</sup> Un caso analogo è presentato in L. Sammicheli, G. Sartori, *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in *DirPenCont* 2015, 283 s.: nella consulenza tecnica sull'elemento soggettivo colposo assumevano rilievo le specificità neurologiche dell'imputato, valutate per mezzo di strumenti riconducibili alle neuroscienze (potenziali cerebrali evento correlati), con la finalità di verificare in concreto la capacità di reazione attenta del soggetto e, quindi, l'esigibilità della condotta doverosa. Sulla fattibilità di questo tipo di consulenza tecnica, senza incorrere nel divieto stabilito all'art. 222 c.p.p., si veda *ibidem*, 277 s. Sul caso, cfr. le considerazioni di C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., 273 s.

<sup>38</sup> Caso liberamente tratto da quello affrontato da Cass., Sez. IV, 17.10.2007, n. 5096, in cui la soggettivazione della colpa, argomentata sulla base del caso fortuito, ha avuto rilievo come circostanza attenuante (quindi, come ridotta esigibilità), in funzione del fatto che non si trattava di un'aggressione unilaterale e che era stato investito, tra l'altro, uno degli aggressori. Sulla pronuncia cfr. A. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino 2012, 246 ss.

<sup>39</sup> Anche per una ricostruzione dell'evoluzione maturata in momenti diversi, al cospetto, rispettivamente, delle predette riforme, cfr.: Cass., Sez. IV, 29.1.2013, dep. 9.4.2013, n. 16237, Cantore; Cass. S.U. 21.12.2017, dep. 22.2.2018, n. 8770, Mariotti. In dottrina, limitandosi ai contributi monografici successivi alla riforma del 2017, C. Brusco, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli-Bianco)*, cit., in part. 183 ss.; M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017; A. De Lia, *Il rapporto di tensione tra intervento penale e medicina*, Pisa, 2020; A. Madeo, *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l'evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, Torino 2020; M.L. Mattheudakis,

ma si potrebbe pensare, tra altro, a violazioni cautelari commesse durante interventi “salvifici” o comunque improrogabili operati dai Vigili del Fuoco o dalle forze di polizia o dal personale di Protezione civile.

v) *Stress e stanchezza dovute alla speciale situazione di emergenza e/o alle condizioni di lavoro:*

si pensi a quella sorta di “scusante di contesto”, da valutare comunque caso per caso, riferibile – anche in assenza della pur opportuna previsione espressa contenuta all’art. 3-*bis* d.l. n. 44/2021 – agli operatori sanitari impegnati nel periodo dell’emergenza pandemica, in funzione delle condizioni di *stress* correlato al numero eccezionale di pazienti da trattare, alle gravi carenze di risorse, al numero elevato di decessi, al rischio di contrarre l’infezione da parte degli stessi operatori, allo svolgimento di turni prolungati ed estenuanti, etc.<sup>40</sup>.

vi) *Concitazione sportiva oppure carica agonistica:*

benché la nutrita casistica in tema di lesioni inferte in contesto sportivo risolva la non punibilità, a mio avviso in modo erroneo, sul diverso piano sistematico della mancanza di antigiuridicità o su quello del rischio consentito, si tratta, se correttamente inquadrato, di ipotesi potenziali di esclusione (o riduzione) della colpevolezza<sup>41</sup>.

vii) *Inesperienza o minore capacità (non standardizzabile secondo una figura modello differenziata)*<sup>42</sup>:

un assistente volontario presso una casa di cura per malattie mentali, contravvenendo alle scarse istruzioni ricevute (accompagnare il paziente affetto da sindrome depressiva psicotica per un giro all’esterno della struttura senza lasciarlo da solo), vinto dalle insistenze del paziente stesso, acconsente a lasciarlo andare per pochi secondi in bagno: tempo durante il quale lo stesso si defenestra<sup>43</sup>.

---

*La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni attorno a una tesi*, cit.; D. Micheletti, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all’esperienza*, Napoli 2021; L. Carraro, *Il medico dinanzi al diritto penale. Alla ricerca di limiti razionali all’imputazione colposa*, Torino 2022. Per riferimenti ulteriori e sintesi accurate: M. Caputo, voce *Colpa medica*, in *ED – I tematici, II, Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 153; M.L. Mattheudakis, *Scenari recenti di riforma della responsabilità penale colposa in ambito sanitario: cerchi concentrici intorno alla colpa grave*, in *Responsabilità medica* 4/2024, 447. In prospettiva di ulteriore riforma, nell’attesa delle proposte della “Commissione d’Ippolito” (*Commissione per lo studio e l’approfondimento delle problematiche relative alla colpa professionale medica*, costituita con d.m. 28 marzo 2023 presso il Ministero della Giustizia), cfr., ad es., A. Perin, *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma dell’AIPDP*, in *BioLaw Journal*, [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org) 2022, 353; M.L. Mattheudakis, *Scenari recenti di riforma*, cit., 461 ss.

<sup>40</sup> Cfr. *supra*, in questo stesso §.

Sullo “strano caso” della colpa sportiva, e sul più corretto inquadramento sistematico dei fattori di *concitazione o stress* agonistico, si permetta di rinviare a *Colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1745 ss.; *L’evoluzione teorica della colpa penale nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *RIDPP* 2011, 1609 ss. Per una più compiuta disamina sul tema, da ultimo, S. Bonini, voce *Colpa sportiva*, in *ED – I tematici, II, Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 260 ss.; F. Consulich, *L’analogia dai mille volti: tramonto dell’agente modello e alba del principio di lealtà sportiva*, in *CP* 2023, 2764 ss.; G. Pontepino, “*Violenza sportiva*” e *responsabilità penale. Dalla scriminante tacita del “rischio consentito” ad un più rigoroso riscontro della “colpa”*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu) 8.11.2023, 1 ss.; V. Valentini, *Egemonia e fisionomia della colpa penale in campo sportivo*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), n. 2, 2024, 1 ss.

<sup>42</sup> Come avviene, invece, lo si ribadisce in via esemplificativa, nel caso del disabile abilitato alla guida o del medico specializzando, per i quali esistono statuti cautelari *ad hoc*.

<sup>43</sup> Un caso a tratti analogo è quello deciso da Cass., Sez. IV, 6.11.2003, dep. 4.3.2024, n. 10430, Guida, in *RP* 2004, 626 (di conferma della condanna per omicidio colposo del direttore di una casa di cura). Ma cfr. altresì Tribunale di Sassari, ud. 14.12.2012 (dep. 9.1.2013), n. 468, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 17 maggio 2013, con nota

viii) *Deficit cognitivo, linguistico, culturale, sociale o da carente scolarizzazione:*

al di là del solito e frusto esempio della “vecchietta” alle prese con le insidie della società moderna<sup>44</sup>, si pensi a un immigrato o a un turista – con ancora scarsa dimestichezza con la lingua del paese ospitante – il quale, nel leggere il bugiardo di un farmaco, cade in un equivoco sulla corretta posologia o modalità di somministrazione dello stesso al figlio, provocandogli un’intossicazione;

oppure alla partoriente, affetta da disturbi cognitivi – benché non abbastanza intensi da rilevare sul piano dell’esclusione o diminuzione della capacità d’intendere o di volere ai sensi degli artt. 88 e 89 Cp – comunque tali da interferire con la sua concreta capacità di riconoscere «la specifica situazione di rischio per il nascituro connessa al parto imminente, e di individuare la condotta più idonea a salvaguardarne l’incolumità»<sup>45</sup>.

ix) *Situazioni di (apparente) conflitto tra doveri contrastanti:*

due agenti della Polstrada – disattendendo l’ordine della centrale operativa di posizionarsi all’imbocco di una galleria per segnalare i pericoli rappresentati da avverse condizioni meteo (forte grandinata in corso) e dalla presenza di auto incidentate sulla carreggiata in prossimità dell’uscita della medesima – abbandonano la corretta posizione iniziale al fine di portare soccorso ai feriti presenti dal lato opposto del tunnel, così cagionando un incidente mortale dovuto all’impatto di un veicolo sopraggiunto e trovatosi improvvisamente di fronte ai predetti ostacoli<sup>46</sup>.

---

di C. Sale, *Il versante innocentista dell’agente modello*. L’esito assolutorio nei confronti della responsabile di una casa di riposo e dell’assistente geriatrica (con trasmissione degli atti al p.m. al fine di valutare la posizione dei medici curanti) è motivato con riferimento alla non prevedibilità alla stregua dell’agente modello differenziato (deve ritenersi, quindi, sul piano, “anticipato”, della mancanza di tipicità soggettiva), in quanto le due imputate, pur essendo a conoscenza della patologia dell’anziana paziente (depressione maggiore), erano prive di competenze specifiche e di informazioni anamnestiche adeguate (ignoravano i pregressi tentativi di suicidio). Sul caso deciso dal Tribunale sardo, si veda anche M. Grotto, voce *Scusanti della colpa*, cit., 1169. In generale, sulla responsabilità in ambito psichiatrico, per tutti, C. Cupelli, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Napoli 2013.

<sup>44</sup> Sull’abusato cliché delle troppe anziane contadine, alle prese con le insidie della vita moderna, che si aggirano ancora (in quei termini, quasi soltanto) nei manuali di diritto penale, si consenta il rinvio a quanto scritto, anche in senso ironico, in *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1733, 1750 ss.

<sup>45</sup> Con riferimento al *deficit mentale* dell’imputata, ricavabile da tecniche di esplorazione cerebrale, e alla sua incidenza sulla misura soggettiva della colpa (incidenza ammessa dai giudici ma poi rimasta soltanto potenziale nella decisione assolutoria), si veda Corte d’assise d’appello di Venezia, ud. 23.6.2008, Favaro, esaminato in C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., 214 ss., 269 ss. Il caso riguardava l’accusa di omicidio (dapprima doloso, poi derubricato in) colposo di un neonato rivolta alla madre, poi assolta per le preponderanti incertezze riscontrate sui profili oggettivi della responsabilità. Il passo riportato nel testo si legge *ibidem*, 269.

<sup>46</sup> È il caso deciso in senso assolutorio da Cass., Sez. IV, 3.2.2009, n. 274, rv. 23442, ma sul piano dell’assenza di tipicità colposa, trattandosi a giudizio della Corte di un conflitto di doveri soltanto apparente, e dando rilievo preminente all’obbligo di prestare soccorso. Tuttavia, sembra evidente la situazione di conflitto motivazionale che ha indotto gli operatori Polstrada ad adottare una scelta inosservante della regola di cautela a mio avviso preminente (vale a dire: segnalare il pericolo all’imbocco della galleria): conflitto motivazionale che meritava apprezzamento, ma sul diverso piano dell’esclusione della colpevolezza colposa. Per la dimostrazione della correttezza sistematica della soluzione qui proposta, si deve rinviare a *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1747 ss. Il caso è utilizzato in via esemplificativa anche in M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 26. Per un precedente analogo, in cui la Corte ha ritenuto che l’agente di polizia si sia trovato «nella necessità di operare una scelta tra due condotte, entrambe corrette», la stessa ha poi concluso per la non configurabilità a suo carico di «qualsivoglia ipotesi di responsabilità, risultandone mancanti i necessari presupposti soggettivi»: così Cass., Sez. IV, 29.3.2001, n.12597, D’Amelio e altri (sulla quale, E. Di Salvo, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, cit., 4793). Ma anche in questa ipotesi la condotta corretta pare soltanto quella di segnalare il pericolo – rappresentato dalla presenza di auto incidentate all’interno del tunnel

x) *Mancato riconoscimento del rischio “qualificato” (specifico, aggiuntivo, aumentato), in funzione del breve lasso di tempo a disposizione dell’agente e/o dell’assenza di particolari “segnali di allarme”*<sup>47</sup>:

si pensi al garante della sicurezza sul lavoro subentrato da poco nel ruolo, e comunque da un tempo non sufficiente alla concreta percezione della specifica situazione di rischio, poi concretizzatasi nell’evento (macchinario inadeguato o alterato/manomesso o prassi elusiva); oppure a quelle ipotesi in cui il garante non ha potuto riconoscere il rischio specifico consistente, per esempio, in un uso scorretto delle apparecchiature di lavoro (rischio pure in sé astrattamente prevedibile in funzione della figura modello differenziata e sulla base del relativo statuto cautelare “generale”) per la mancanza di concreti “fattori motivanti” (perché, ad esempio, non rilevato o non trasmesso dai preposti)<sup>48</sup>.

xi) *Breve lasso di tempo per adeguarsi alla riconosciuta esigenza cautelare:*

esclusione della colpa grave del delitto di bancarotta semplice per l’amministratore delegato di una società in difficoltà economiche che, entrato in carica pochi mesi prima, non aveva rassegnato immediatamente le dimissioni, continuando nella gestione dell’impresa e così contribuendo all’aggravamento del dissesto, nel tentativo di evitare il fallimento mediante la richiesta di un aumento di capitale poi non concesso dai soci<sup>49</sup>.

---

–all’imbocco della galleria, essendo del tutto “recessivo” il dovere di sollecitare la rimozione delle autovetture dalla carreggiata, per consentire la ripresa dell’ordinaria circolazione stradale. Diversamente dal caso deciso nel 2009, pertanto, non sembra qui ravvisabile un conflitto (benché apparente) tra due doveri posti sullo stesso piano.

<sup>47</sup> Il riferimento va a indici rivelatori, fattori motivanti, circostanze-monito, all’*Anlaß*, allo spunto, all’occasione o al motivo capace di *mediare* la riconoscibilità del rischio da parte dell’autore in carne e ossa, alle avvisaglie del pericolo, ai segnali di allarme, agli stimoli contingenti, presenti nella situazione concreta e a disposizione dell’agente, etc.: tutti fattori situazionali intesi quali presupposti del “potere” di attivare la “reazione corretta” per rispondere all’aspettativa cautelare, ammesso e non concesso che si sia identificata, a monte, una violazione del “dovere” di diligenza (sulla base del parametro “normativo” standard). Come noto, la dottrina, a partire da quella tedesca, tematizza talora la possibilità di riconoscere la situazione pericolosa tramite il riferimento al c.d. *Anlaß* (motivo, occasione), inteso, per l’appunto, quale insieme dei “presupposti della riconoscibilità” funzionali alla fondazione del “dovere di riconoscere” il rischio. Nella dottrina nostrana, fondamentale, anche su questa nozione, G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990 230 ss. (al quale si rinvia anche per i necessari riferimenti), dove la riconoscibilità, che fonda il dovere di diligenza, è parametrata alla figura modello. Pare tuttavia evidente come non si possa e non si debba prescindere – sul diverso piano del “potere di riconoscere” il rischio e del potere di adeguarsi alla pretesa cautelare – dai dati, presenti nella singola situazione in cui il soggetto è venuto a trovarsi al momento della condotta, capaci di “trasmettere” o meno la sussistenza di quel rischio “qualificato” (ossia: specifico perché aggiuntivo e aumentato rispetto al rischio “normale”). Sul generale rilievo scusante di situazioni (non codificate) di mancato riconoscimento della necessità di adottare cautele comportamentali, si veda M. Grotto, voce *Scusanti della colpa*, cit., 1164 ss., con riferimenti e svolgimenti ulteriori. Per un’ampia riflessione sul ruolo dell’*Anlaß*, nel contesto di una ricostruzione che valorizza profili di individualizzazione sul piano della tipicità, si veda, da ultimo, C. Valbonesi, *Prima tipicità della condotta colposa nelle attività rischiose illecite*, Napoli, 2023, 164 ss. e *passim*. Per uno studio proteso alla valorizzazione delle scienze comportamentali per l’accertamento circa la concreta percezione degli elementi del fatto storico capaci attivare il percorso preventivo, si veda, in particolare, F. Centonze, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell’accertamento del “coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto”*, cit., 1626 ss., in part. 1641 ss.

<sup>48</sup> Sull’innovativo orientamento “assolutorio” maturato nell’ultimo lustro in tema di responsabilità dei garanti della sicurezza sul lavoro, si tornerà più avanti (*infra*, § 7). Per tutte, a titolo esemplificativo, Cass., Sez. IV, 8.10.2020, dep. 13.1.2021, n. 1096, V., in *GI* 2021, 2218 (ruolo di preposto assunto da pochi giorni e inesigibilità della conoscenza della prassi scorretta).

<sup>49</sup> Soluzione di esclusione della responsabilità adottata meritoriamente da Cass., Sez. V, 7.6.2006, n. 172, Vianello, proprio valorizzando, ai fini dell’accertamento della colpevolezza – in relazione alla colpa grave richiesta per la fattispecie di bancarotta semplice (art. 217, co. 1, n. 4, l.fall.) – il breve lasso di tempo trascorso prima che l’amministratore, riscontrato il rifiuto di sottoscrivere l’aumento di capitale da parte dei soci, rassegnasse infine

xii) *Inesigibilità concreta di un controllo continuo da parte del garante circa il rispetto delle prescrizioni di sicurezza:*

si pensi al datore di lavoro o al dirigente, con riferimento a comportamenti scorretti dei lavoratori, benché gli stessi siano regolarmente formati e istruiti su quel rischio specifico, oppure, anche in assenza di formazione/informazione specifica, allorquando si tratti di un rischio generico e da tutti percepibile o quantomeno percepibile da un lavoratore esperto<sup>50</sup>.

xiii) *Inesigibilità concreta di un intervento immediato:*

incidente stradale mortale concausato dal mancato ripristino immediato della illuminazione pubblica da parte dell'addetto comunale, che pure aveva appena individuato il guasto<sup>51</sup>.

Va da sé che il catalogo qui ipotizzato non è esaustivo, e potrebbe arricchirsi di fattori di distorsione ulteriori<sup>52</sup>.

Ciò che conta sottolineare è che questi fattori *situazionali* o *personali* di individualizzazione del giudizio di colpa – ed altri analoghi – rilevano alla stregua di indici (negativi) di rimproverabilità o di colpevolezza, quindi come fattori potenzialmente disculpanti o rilevanti quantomeno in sede di commisurazione della pena.

La possibilità di attribuire rilevanza a fattori di individualizzazione, attinenti alla inesigibilità o (in funzione commisurativa) alla ridotta esigibilità della pretesa cautelare per *quel* soggetto in *quella* concreta contingenza, è tuttavia esclusa se la situazione di “scarto” rispetto al modello normativo, in cui si è venuto a trovare l'agente, sia comunque rimproverabile al soggetto stesso, secondo i canoni della *colpa per assunzione*<sup>53</sup>.

---

le dimissioni. Per una più ampia esposizione del caso, si può consultare *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1738.

<sup>50</sup> Si veda ad es. – ma anche sul punto si dovrà tornare (*infra*, § 7) – Cass., sez. IV, 16.4.2019, n. 32507, Romano, *caso dell'operatore ecologico*: esclusione della responsabilità del datore per mancato controllo, con riguardo all'operaio caduto rovinosamente nel tentativo di compiere l'operazione (espressamente vietata) di aggrapparsi al veicolo in movimento anziché salire a bordo come prescritto; Cass., Sez. III, 4 aprile 2024, n. 13653, *caso del boscaiolo*: annullamento mediante rinvio della sentenza di condanna del datore di lavoro, in quanto la stessa non s'era confrontata in maniera completa con i rilievi già mossi dalla sentenza rescindente della Sez. IV, ritenendo in particolare necessario verificare in concreto il grado di esigibilità della condotta informativa e del conseguente onere di controllo in capo al datore.

<sup>51</sup> Un caso analogo è quello trattato da Trib. di Cassino, 9.10.2023, n. 1541, riguardante l'assoluzione del titolare della ditta appaltatrice del servizio di manutenzione della rete della illuminazione elettrica pubblica, per l'inesigibilità del ripristino immediato.

<sup>52</sup> L'allargamento potrebbe estendersi anche in direzione della persona giuridica a proposito della colpa di organizzazione. Si pensi, in via esemplificativa, all'ipotesi che segue: xiv) *Breve lasso di tempo a disposizione per adeguare il modello organizzativo di un ente collettivo*: una società, a seguito della introduzione di una nuova fattispecie nel catalogo 231, non ha ancora adattato in maniera corrispondente il modello organizzativo al momento, di poco successivo, in cui si realizza il reato presupposto. Cfr. C.E. Paliero, voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 68. Per il riconoscimento di un accentuato parallelismo tra colpa individuale e colpa di organizzazione, si vedano le motivazioni della sentenza emessa dalla Cass., Sez. VI, 11.11.2021, dep. 15.6.2022, n. 23401, *caso Impregilobis*, sulla quale cfr. G. De Simone, *Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo*, in *GI* 2022, 2758 ss.; C. Piergallini, *Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda “Impregilo”*, in *DPenCont*, n. 2, 2022, 76 ss.

<sup>53</sup> Per una approfondita trattazione aggiornata, N. Pisani, voce *Colpa per assunzione*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 233 ss. In precedenza, in sede monografica, Id., *La “colpa per assunzione” nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli 2012. Cfr. anche C. Brusco, *La colpa penale e civile*, 322 ss., in part. 326 ss.; E. Di Salvo, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, cit., 4794 ss.



6. - Questa esigenza di complessiva rivitalizzazione dei profili *più* soggettivi – personalistici, individualizzanti, e, in fondo, “umanistici” – del reato colposo pare trovare progressivi riconoscimenti nelle ricerche degli ultimi decenni sul tema, benché secondo percorsi differenziati<sup>54</sup> anche sul piano delle opzioni sistematiche<sup>54</sup>.

Non mancano, però, perplessità e persino contrarietà, avanzate anche da una parte autorevole della dottrina, benché tutto sommato forse minoritaria, su questa possibile rivitalizzazione del profilo soggettivo/individualizzante della colpa. Questi disaccordi dottrinali possono essere riassunti, in maniera forse fin troppo schematica, come segue.

Pur nella comune e condivisa diagnosi degli effetti negativi riconducibili al deficit di colpevolezza, la dottrina appare ad oggi divisa tra:

i) orientamenti ancora rigidamente normativistici o comunque indifferenti alla dimensione individualizzante;

ii) orientamenti – che sembrano assumere un peso via via crescente – decisamente propensi a rivitalizzare i profili soggettivi e individualizzanti della colpa, muovendosi, però, a seconda delle ricostruzioni, su piani sistematici differenti: la tipicità colposa oppure la colpevolezza colposa;

iii) orientamenti apertamente diffidenti verso tali tendenze rivitalizzanti della colpevolezza colposa, sulla base di (per vero non insuperabili) preoccupazioni legate al timore che alle stesse sia legato il rischio di una sorta di legittimazione di quelle derive applicative che hanno sin qui avuto per effetto di svuotare di contenuto il tipo colposo sul piano normativo-oggettivo.

Tralasciamo i già criticati orientamenti rigidamente “normativistici”, quelli *sub i)*<sup>55</sup>. Veniamo, invece, a quelli *sub ii)*, cominciando dalle ricostruzioni propense, sì, a rivitalizzare la dimensione di individualizzazione della colpa, ma già sul piano della tipicità soggettiva<sup>56</sup>. In

<sup>54</sup> Pur con non marginali differenze anche di ordine sistematico circa la collocazione della componente di “umanizzazione” della colpa, dopo il noto e risalente contributo di G.V. De Francesco, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977/78, 275, cfr., nella nostra dottrina, anche con riferimenti a quella d’Oltralpe: M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Milano 1991, 593 ss. e Id. *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova 1996, 348 ss. (contributi che rappresentano, probabilmente, in contrapposizione alle concezioni ultra-normative, le prime nette proposizioni della questione nei termini – anche qui difesi – della necessità di riconoscere nella colpa anche il versante di individualizzazione); poi Id., *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in M. Donini, R. Orlandi, a cura di, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna 2013, 231 ss. (ma con sensibili differenze di impostazione rispetto alle pagine degli anni Novanta); D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit. (2009), 365 ss., 462 ss.; Id., *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, cit. (2013), 1723 ss.; A. Canepa, *L’imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino 2011, 195 ss.; A. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, cit., 230 ss., 266 ss.; M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 293 ss. Sul piano manualistico, l’impostazione che ritengo più chiaramente prossima a quella qui difesa e ribadita, si rinvia (sin dalla prima edizione del 2007) nel capitolo sulla colpa contenuto in S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*<sup>2</sup>, cit., 459 ss. (in part. 464, 468 s., 491 ss.). In termini analoghi anche S. Canestrari, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *IP* 2012, 21 ss. Per una rimediazione recente, G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 21 ss. Per una sintesi generale della questione, con approdi differenziati: C. Piaggolini, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 244 ss.; M. Grotto, voce *Scusanti della colpa*, cit., 1153 ss.; e, volendo, D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., 200 ss.

<sup>55</sup> Quelli, in sostanza, che pur identificando la colpa nella mera inosservanza della regola di cautela, esaudivano il contenuto in una entità tutta fattuale ed oggettiva, dal punto di vista della collocazione sistematica, la descrivono comunque, in maniera singolare, (soltanto) come *elemento della colpevolezza*.

<sup>56</sup> Pur essendo minoritaria, la dottrina della individualizzazione della colpa già sul piano del fatto illecito (*Unrecht*), è patrocinata da diversi esponenti nella dottrina di lingua tedesca, tra i quali: G. Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, New York 1972, 64 ss.; Id., *Strafrecht. AT*<sup>2</sup>, Berlin, New York 1993, Abschnitt 9, n.m. 1 ss., 5 ss., 8 ss.; G. Stratenwerth, *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt*, in *FS H.-H. Jescheck*, Berlin 1985, 285 ss. (disponibile anche nella tr. it.: *L’individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo*, in *RIDPP* 1986, 635 ss.); E. Samson, *Anh. Zu*

sostanza, si propone – in un’eterna attività di spostamento dei mobili nella stanza, secondo la nota *metafora Ikea* della teoria del reato – di far rilevare gli indici di “soggettivazione” già sul piano della tipicità (tipicità soggettiva o illecito soggettivo come contenitore unico) e non su quello della colpevolezza<sup>57</sup>.

Personalmente mi riconosco, come oramai sarà chiaro, nelle sollecitazioni dottrinali orientate a irrobustire la dimensione individualizzante del giudizio di colpa *in sede di colpevolezza*.

Perché nella colpevolezza e non nella tipicità?

Per farla molto breve, per due ragioni.

Anzitutto, perché, sul piano della coerenza teorica, mi pare dotata di maggiore esattezza una ricostruzione in cui i fattori individualizzanti, quelli, cioè, riguardanti la colpa come *regola di giudizio* (c.d. misura soggettiva della colpa), non interessino la tipicità oggettivo-soggettiva (c.d. misura oggettiva della colpa), la quale ha pur sempre la funzione di rappresentare una *regola di comportamento* preventivo-cautelare rivolta a tutti (per lo meno: a tutti gli appartenenti alla cerchia sociale di riferimento, ricavata sulla base della differenziata e specifica attività svolta in concreto dall’agente reale): una regola di comportamento che, se individualizzata nel momento della valutazione di tipicità, rischierebbe di perdere la sua capacità “conformativa”<sup>58</sup>.

---

§ 16, in H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson, H.-L. Günter, A. Hoyer, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, Neuwied, Krißtel 1989, 75 ss. (n.m. 10, 13 s.). Cfr., inoltre, A.R. Castaldo, “*Non intelligere, quod omnes intelligunt*”. *Objektive Zurechnung und Maßstab der Sorgfaltswidrigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt*, München 1992, *passim*; Id., *Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts*, in GA 1994, 495 ss., in part. 503 ss.; J. Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen 1997, 241 ss.; A. Kremer-Bax, *Das Personale Verhaltensunrecht bei der Fahrlässigkeitstat. Zur Individualisierung des Bewertungs-gegenstands*, Frankfurt a.M. 1999, 65 ss., 83 ss., 100 ss., 129 ss.; H.H. Lesch, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln 1999, 251 ss.; G. Duttge, *Einflüsse der Rechtsphilosophie auf die Strafrechtsdogmatik – am Beispiel des (individualisierten) Fahrlässigkeitsunrecht*, in F. Loos, J.-M. Jehle, *Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart. Manfred Maiwald zu ehren*, Heidelberg 2007, 169 ss. Con accenti peculiari, cfr. anche, in “ambiente finalistico”, E. Struensee, *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, in *Juristen Zeitung*, 1987, 53 ss. In senso contrario, come detto, la dottrina maggioritaria: cfr., per es.: M. Maiwald, *Zum Maßstab der Fahrlässigkeit bei trunkenheitsbedingter Fahruntüchtigkeit*, in FS E. Dreher, Berlin 1977, 449 ss.; C. Roxin, *Strafrecht. AT*, I<sup>4</sup>, München 2006, § 24, n.m. 53-65. Da noi, in senso contrario, ad es., G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 294 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 156 ss.

<sup>57</sup> Oltre agli studi già menzionati di A. Castaldo (in particolare, Id., *Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts*, cit.), in tempi più recenti si vedano: M. Donini, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzia e sistematica*, cit., 231 ss.; Id., *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 7 ss., 9 ss., 11 ss., 17 ss., 19 ss., 22 s., 23 ss. (colpa soggettiva già al livello del fatto illecito in virtù del riferimento all’*homo eiusdem* differenziato; e ulteriore individualizzazione al cospetto di vere situazioni scusanti da inesigibilità); A. Canepa, *L’imputazione soggettiva della colpa*, cit., *passim*; nonché, da ultimo, con grande ampiezza di argomenti, K. Summerer, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, Torino 2024, *passim*. Per ricostruzioni sistematiche peculiari, si vedano A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli 2020, *passim* e 341 ss. (misura unica e “oggettiva” di colpa); C. Valbonesi, *Prima tipicità della condotta colposa*, cit., 233 ss. e *passim* (centralità del «riconoscimento della situazione di rischio quale momento di tipicità soggettiva nella misura oggettiva»).

<sup>58</sup> In questo senso, una volta che si sia concordi, come oramai pare il caso, sulle modalità di ricostruzione della figura modello, ossia come *homo eiusdem*, vale a dire come “agente modello (necessariamente) differenziato”, si deve considerare che quel parametro è, sì, (più) “soggettivo”, ma pur sempre “normativo” (è un parametro oggettivo-soggettivo del fatto illecito), non ancora individualizzato (sul piano della colpevolezza). Un parametro che deve pur sempre avere la capacità conformativa tipica delle “regole di condotta”, sebbene ritagliate su quella differenziata tipologia (medico specializzato: es. cardiologo) di appartenente a quella classe di soggetti (es. medici). L’unica correzione possibile a questo livello è, semmai, quella delle conoscenze (“causali”) superiori, qualora incidano in concreto su riconoscibilità/riconoscimento del rischio o su prevedibilità/previsione dell’evento. La verifica sulla violazione della regola che, in ipotesi, avrebbe seguito il medico specializzato (una regola già in questo senso “soggettivata” in base al parametro di riferimento), non esaurisce ancora la possibilità

Inoltre, perché, sul piano euristico, è un messaggio teorico e sistematico più semplice e, come vedremo, oramai fatto proprio anche dalla giurisprudenza. Al di là della giustezza delle nostre elaborazioni teoriche, ciò che pragmaticamente dovrebbe orientare a preferirne una piuttosto che un'altra consiste anche nella maggiore capacità (euristica) di offrire una soluzione accettabile a una quota significativa di problemi.

Quanto ai riflessi giurisprudenziali delle teoriche qui menzionate, la *doppia misura della colpa*, dopo anni di recepimento “incerto” da parte della prassi, comincia a funzionare anche nelle aule di giustizia, specie (ma non solo) quelle in cui operano i giudici di legittimità: misura oggettivo-soggettiva, al livello del fatto illecito; misura soggettivo-individualizzante, al livello della colpevolezza. In questo modo, sul piano della tipicità, la colpa è violazione della *regola di comportamento*; sul piano della colpevolezza, *regola di giudizio*<sup>59</sup>.

Al lato opposto, come dicevo, sta l'orientamento *sub iii*), rappresentato, in sostanza, da coloro che invitano a “non perdere tempo” con questioni di misura soggettiva o di colpevolezza colposa: perché sostanzialmente inutili, e anzi dannose alla causa di una rivitalizzazione dello statuto costituzionale della colpa, che soffre di una rilevante indeterminatezza sul piano del fatto tipico.

Queste posizioni ostili alla rivitalizzazione della componente di individualizzazione – in quanto si ritiene che la colpevolezza colposa sia una chimera che al più avrà un eventuale ruolo *indulgenziale* in casi limitatissimi – producono gli stessi esiti ultra-normativi e iper-oggettivi delle ricostruzioni *sub i*). E manifestano, come si vedrà fra un momento, preoccupazioni destituite di fondamento perché smentite dalla giurisprudenza più recente. Basti in sintesi ricordare che, autorevolmente, si assume, in particolare, che la misura soggettiva e la colpevolezza colposa potrebbero tutt'al più qualificarsi come momenti di un eventuale esercizio di mera “benevolenza” o “indulgenza” del giudice, destinata così a giocare – si teme – una sorta di funzione “compensativa” del consistente difetto di determinatezza denunciato dalla colpa sul piano della misura oggettiva<sup>60</sup>.

Queste preoccupazioni meritano di essere prese sul serio. Non prima, però, di aver dato conto degli sviluppi recenti della giurisprudenza sul tema.

7. Negli ultimi tempi, le sollecitazioni in senso individualizzante (*la colpa anche come colpevolezza* e non soltanto come violazione di una regola) trovano sensibilità crescenti in giurisprudenza<sup>61</sup>. E – lo anticipo – non pare che questa incipiente valorizzazione applicativa

---

di soggettivare ulteriormente sul piano della individualizzazione: là dove può avere rilievo, quale “regola di giudizio”, una serie di fattori dai quali desumere la inesigibilità in concreto per quel soggetto di incarnare il parametro di riferimento (eventualmente arricchito delle conoscenze “causali” superiori): ad esempio, per le condizioni specifiche e anomale in cui ha prestato la sua attività. Quanto alle minori capacità, esse rilevano al livello del fatto illecito se sono standardizzabili in un agente modello differenziato (automobilista neopatentato, medico specializzando): altrimenti sono da valutare, ma solo eventualmente, in sede di colpevolezza, sempre che non si identifichi una ipotesi di colpa per assunzione del rischio.

<sup>59</sup> Cfr. M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 19 ss., 23 ss. Ma già Id., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., 457, 593 ss.

<sup>60</sup> F. Giunta, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. Donini, R. Orlandi, a cura di, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna 2013, 69 ss. Sulla stessa falsariga, M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., 291 ss.; C. Piergallini, *Colpa (diritto penale)*, cit., 244; C. Valbonesi, *Prima tipicità della condotta colposa*, cit., *passim*; A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 341 ss.: quest'ultimo A., all'esito di una ricostruzione assai interessante, distingue – ma in maniera qui non condivisa – tra “concretizzazione”, da svolgersi alla luce di dati situazionali, e “individualizzazione”, ritenuta invece non necessaria, proponendo una «esigibilità oggettiva» rilevante al livello di una «misura unica e oggettiva di colpa».

<sup>61</sup> Lo si notava già in *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in *GI* 2021, 2219; e poi nella voce *Colpa penale*, cit., 229 s.

della dimensione di individualizzazione stia avvenendo *a spese di un ulteriore affievolimento della dimensione di tipicità colposa*, la quale, semmai, soffre di criticità croniche: dovute, in particolare, alla struttura “aperta” della fattispecie colposa, come sua *quintessenza normativa*<sup>62</sup>. Segni di una sensibilità verso la “soggettivazione” erano rintracciabili, per la verità, anche nella giurisprudenza meno recente, a partire dall’ultimo decennio del secolo scorso, benché in sentenze assai rare – ma comunque significative – rese soprattutto in casi di responsabilità del medico e riguardanti ipotesi di “speciale difficoltà” della prestazione richiesta dalla situazione concreta.

In virtù degli esiti “assolutori” raggiunti, tale casistica più risalente poteva far supporre una maggiore propensione applicativa ad individualizzare il giudizio di colpevolezza colposa – o almeno a rendere accertamenti maggiormente concretizzati e incentrati sulle circostanze situazionali – *soprattutto in ipotesi di colpa grave*: spesso utilizzando, come regola di giudizio, la disposizione civilistica dell’art. 2236<sup>63</sup>. Il riscontro giudiziale (dell’assenza) della misura soggettiva si mostrava, in sostanza, pur sempre assai raro, ma non del tutto eccezionale, in contesti caratterizzati dal rilievo normativamente attribuito alla colpa grave: così, essenzialmente, in ambito medico, valorizzando, in precedenza, l’art. 2236 Cc<sup>64</sup>; oppure, per la bancarotta semplice, in virtù dell’art. 217 LFall.<sup>65</sup>. E ciò contrariamente a quanto accade, ad esempio, nell’ambito dell’infortunistica lavorativa o stradale, dove il livello della colpa penalmente rilevante si attestava, e si attesta, sempre su una colpa lieve o anche lievissima. Come risaputo, nel contesto della responsabilità professionale del medico, la maggiore propensione di parte della giurisprudenza ad individualizzare il giudizio si è sviluppata, nel corso del tempo, dapprima mediante ricorso (per lo più indiretto) al canone civilistico dell’art. 2236 Cc, e quindi a una limitazione della responsabilità, in casi di speciale difficoltà, alla sola imperizia grave; e, successivamente, sulla base delle innovazioni introdotte dapprima con il decreto Balduzzi nel 2012 e cinque anni più tardi con la legge Gelli-Bianco (in quest’ultimo caso, alla luce della nota “correzione interpretativa” fattane dalle Sezioni unite)<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> Anzi, in qualche pronuncia, lo si vedrà, i giudici mostrano di maneggiare con piena consapevolezza i diversi momenti sistematici della ricostruzione (i) del fatto illecito, consistente nell’inosservanza cautelare, e (ii) della colpevolezza colposa, riguardante la c.d. misura soggettiva. Così è in quei casi in cui, alla affermazione di responsabilità per uno o più imputati, segue un giudizio differenziato, per altri imputati, sulla base ora dell’assenza di colpevolezza, ora, invece, del difetto radicale di comportamento inosservante (*infra*, in questo §, con riferimento al caso dell’*addetta alle pulizie*, nonché e soprattutto al caso dello *schiacciamento della mano in una calandra*).

<sup>63</sup> Art. 2236 c.c. (Responsabilità del prestatore d’opera): «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave». Sulle diverse stagioni della scoperta, della «resurrezione» e della «trasfigurazione» del parametro dell’art. 2236 c.c., cfr., per tutti, M. Caputo, voce *Colpa medica*, cit., 163-169.

<sup>64</sup> Cass., Sez. IV, ud. 29 settembre 1997, n. 1693, Azzini: un caso di colpa medica (già discusso dal sottoscritto in precedenti contributi; ripreso anche in M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 25; e in S. Prandi, *L’inesigibilità nel prisma della colpa*, cit., 1048 s., nota 57) in cui si valuta come lieve l’imperizia del chirurgo, a fronte di una situazione di speciale difficoltà dell’intervento e, insieme, di emergenza e concitazione emotiva (caso c.d. del cercine); Cass., Sez. IV, ud. 5 aprile 2011, n. 16328, Montalto, pure relativo a un caso di colpa del medico con esiti “assolutori”.

<sup>65</sup> Cfr. Cass., Sez. V, ud. 7 giugno 2006, n. 172, Vianello: un caso di bancarotta semplice in cui la Corte valorizza il dato situazionale del breve lasso di tempo in cui l’imputato ha rivestito il ruolo di amministratore della società, prima di rassegnare le dimissioni una volta appurato che il tentativo di aumento del capitale non aveva avuto successo.

<sup>66</sup> Sulle ambiguità sollevate specialmente dall’ultimo intervento del legislatore, e sulla lettura “ortopedica” datane da Cass. S.U. ud. 21.12.2017, dep. 22.2.2018, n. 8770, Mariotti, cfr., tra gli altri possibili riferimenti: C. Cupelli, *L’art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un’interpretazione “costituzionalmente conforme” dell’imperizia medica (ancora) punibile*, in *DirPenCont*, n. 3, 2018, 246 ss.; F. Palazzo, *La colpa medica: un work in progress*, in [www.giustiziansieme.it](http://www.giustiziansieme.it) 11.11.2020; M. Caputo, voce *Colpa medica*, cit., 177 ss.

A fronte di questa sparuta ma interessante casistica, poco più di una decina di anni fa ritenevo, forse un po' troppo pragmaticamente, che la *colpa grave* fosse il campo d'elezione – il terreno non esclusivo, ma certamente quello privilegiato – per l'individualizzazione del giudizio di colpa<sup>67</sup>.

E invece mi sbagliavo.

Specialmente nella giurisprudenza di legittimità dell'ultimo lustro, a partire quindi dal 2019, si è delineato un orientamento “sogettivante” della Quarta Sezione, incline, in altri termini, a valorizzare – non soltanto in termini di ricostruzione teorica, bensì in funzione di concreta esclusione della responsabilità – la “misura soggettiva” anche in contesti in cui non è riproducibile la limitazione legata al grado della colpa, come quello della *sicurezza del lavoro*. Un settore di responsabilità penale, quello lavoristico, ad alta densità di regole formalizzate<sup>68</sup>, la cui inosservanza conduce spesso a un'applicazione dei canoni della colpa specifica secondo moduli schiettamente oggettivanti, per lo più inclini ad applicare formule automatiche di imputazione dell'evento, replicanti modelli occulti di responsabilità oggettiva<sup>69</sup>.

Ebbene, in questi contesti di rischio – che si direbbero strutturalmente “ostili” a una soggettivazione della colpa – iniziano ad esservi pronunce innovative nelle quali *il richiamo all'inesigibilità (della condotta rispettosa del dovere oggettivo di diligenza) porta all'annullamento della condanna del “garante”*. A tale esito si giunge mediante valorizzazione di alcuni dei fattori di individualizzazione del giudizio già veduti sopra, e in particolare di dati situazionali-personali – capaci di incidere, a seconda dei casi, sul piano cognitivo o esecutivo – come, ad esempio: *il breve lasso di tempo* trascorso da quando il soggetto ha assunto la posizione di garanzia; *l'impossibilità in concreto di un controllo continuo e diretto* sui lavoratori; *l'impossibilità in concreto di un intervento immediato*<sup>70</sup>.

Nel contesto della sicurezza del lavoro, uno dei primi casi di chiara utilizzazione in senso “assolutorio” della verifica circa la misura soggettiva della colpa sembra rinvenibile, per vero, già nella sentenza resa dalla Suprema Corte sul *caso Montefibre-bis* nel 2016-2017. La vicenda riguardava l'omicidio colposo plurimo derivante da esposizione lavorativa ad amianto, presente nello stabilimento – dedicato alla produzione di nylon – quale materiale da coibentazione<sup>71</sup>. L'annullamento è motivato (anche) sulla base del mancato accertamento da parte del giudice di merito della «colpa in senso soggettivo». La Corte d'appello, secondo la Cassazione, aveva erroneamente ritenuto la colpa dei “garanti” dopo aver compiuto un accertamento limitato al solo piano “oggettivo”, con riferimento: *i)* alla violazione di norme cautelari; *ii)* alla prevedibilità *ex ante* degli eventi mortali; *iii)* alla loro evitabilità. Era invece mancato l'accertamento della colpa “soggettiva” di ciascun garante in rapporto agli specifici

<sup>67</sup> Si veda *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1737 (in part. il § 3: *La colpa grave come categoria più “aperta” a forme di individualizzazione del giudizio*).

<sup>68</sup> Su fonti e struttura delle regole di cautela e sul ruolo della valutazione dei rischi lavorativi, si veda, per tutti, V. Torre, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*<sup>3</sup>, Torino 2023, 37 ss.

<sup>69</sup> Volendo, D. Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, *ibidem*, 367 ss.

<sup>70</sup> *Supra*, § 5, rispettivamente *sub xi*, *xii*) e *xiii*).

<sup>71</sup> Cass., Sez. IV, ud. 3.11.2016, dep. 14.3.2017, n. 12175, Bordogna et al. (rel. Dovero), in part. 57 ss. La pronuncia è stata esaminata in dottrina specialmente sul piano dell'imputazione del nesso di causalità: cfr., per es., S. Tordini Cagli, *Esposizione ad amianto, leggi scientifiche ed accertamento del nesso causale: ancora nessuna certezza*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), n. 1, 2018, 1 ss. La sentenza *Montefibre-bis* rappresenta l'applicazione – ma, questa volta, in chiave di annullamento della precedente condanna – di principi già chiaramente formulati (sul piano teorico astratto) in Cass. S.U. 24.4.2014, dep. 18.9.2014, n. 38343, Espenhahn (rel. Blaiotta), relativa al *caso ThyssenKrupp*, in part. § 26. Cfr. altresì: Cass., Sez. IV, 19-20.11.2015, dep. 24.3.2016, n. 12478, Barberi et al., *caso Commissione Grandi Rischi* (rel. Dell'Utri e Dovero); Cass., Sez. IV, 22.2.2018, dep. 18.5.2018, n. 2022, *caso del cantiere navale di Monfalcone* (rel. Cappello).

eventi contestati, non essendo state considerate, in punto di “esigibilità” del rispetto delle cautele doverose, le allegate circostanze riguardanti la possibilità o meno di uniformarsi al precetto cautelare sulla base delle personali capacità del garante stesso e del contesto in cui si era trovato a operare.

Successivamente, come anticipato, in non poche pronunce emanate dalla stessa Quarta Sezione a far data dal 2019, si dà rilievo “scusante” a fattori soggettivo-individuali e situazionali che rappresentano un ostacolo alla *concreta e individuale riconoscibilità del rischio specifico* da parte del “garante” di turno: rischio spesso riconducibile, in queste vicende, a una prassi operativa scorretta da parte dei lavoratori, poi causativa dell’evento.

In assenza di elementi in grado di “trasmettere” la possibile percezione di un *rischio qualificato* (specifico, aumentato, aggiuntivo), l’evento lesivo, cagionato dall’inosservanza oggettivamente riscontrabile, pure in sé prevedibile da parte della figura modello, diviene non prevedibile (e quindi non evitabile) per il garante concreto, colto in quella precisa dinamica etiologica, la quale si presenta come non conosciuta né ragionevolmente conoscibile in considerazione di un fattore individuale-situazionale-temporale.

Limitandosi alle sentenze con esiti, per così dire, “assolutori”, si vedano le pronunce della Cassazione riportate di seguito in ordine cronologico<sup>72</sup>.

a) *Caso della macchina “spezzonatrice”*: l’annullamento con rinvio della condanna della figura datoriale è fondato sul mancato accertamento della conoscenza effettiva o quantomeno della conoscibilità dell’utilizzo improprio della macchina da parte dei lavoratori (ovverosia con le protezioni rimosse): una verifica processuale, quest’ultima, ritenuta dalla Corte imprescindibile al fine di evitare di porre in capo al garante una responsabilità penale “da posizione” sconfinante nella responsabilità oggettiva<sup>73</sup>.

b) *Caso dell’operatore ecologico*: un operaio, durante lo svolgimento della raccolta dei rifiuti, si procurava una lesione mortale cadendo rovinosamente dal camion a seguito del suo stesso comportamento scorretto, consistito nell’aggrapparsi al veicolo in movimento sebbene sprovvisto di pedana. Si trattava di un rischio contemplato nel DVR e di un comportamento espressamente proibito, rispetto al quale quello stesso lavoratore era già stato ammonito dal caposquadra. Pur scontando qualche ambiguità nelle battute finali della motivazione, la decisione “assolutoria” (annullamento senza rinvio perché il fatto non costituisce reato) sembra potersi intendere come segue: ipotizzata come unica cautela violata nel caso di specie quella riferibile all’*omessa vigilanza* con riferimento a tale *prassi operativa pericolosa* e inosservante, in assenza della certezza circa (quantomeno) la conoscibilità della medesima prassi da parte del garante (datore di lavoro), i giudici hanno ritenuto difettasse l’esigibilità di una sorveglianza diretta e continua<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Non secondario rilevare come si tratti di sentenze – tutte, tranne una, della Quarta Sezione – aventi relatori per lo più diversi. Tra le sentenze di merito, si vedano, per es.: Trib. Firenze, 7.1.2019, in [www.diepi.it](http://www.diepi.it) 26.10.2020, con nota di V. Torre, *Datore di lavoro e misura soggettiva: assolto l’amministratore delegato di una S.r.l. per inesigibilità del comportamento conforme alla regola cautelare; effetti favorevoli per l’ente*; nonché la già menzionata pronuncia del Trib. Cassino, 9 ottobre 2023, n. 1541, in [www.deiure.it](http://www.deiure.it), in tema di circolazione stradale: conducente assolto per il dubbio sull’evitabilità dell’evento a mezzo del comportamento alternativo lecito; titolare della manutenzione della linea elettrica assolto, invece, per l’inesigibilità del ripristino immediato della linea stessa.

<sup>73</sup> Cass., Sez. IV, 3.4.2019, dep. 15.5.2019, n. 20833, Stango (rel. Pavich).

<sup>74</sup> Cass., Sez. IV, 16.4.2019, dep. 22.7.2019, n. 32507, Romano (rel. Di Salvo).

c) *Caso del macchinario per cesoiatura-punzonatura*: la vicenda riguarda l'infortunio mortale subito dall'operaio – addetto al quadro comandi di una macchina per la cesoiatura-punzonatura di fogli metallici – che, per rimediare all'inzeppamento del meccanismo, si era introdotto nell'area pericolosa attraverso un cancelletto realizzato abusivamente anziché l'apposito varco protetto, munito di fotocellule di blocco. I giudici di legittimità hanno accolto il ricorso del garante facendo applicazione del principio di diritto secondo il quale «non può essere ascritta al datore di lavoro la responsabilità per l'evento lesivo o letale per culpa in vigilando qualora non venga raggiunta la certezza della conoscenza o della conoscibilità, da parte sua, di prassi incaute, neppure sul piano inferenziale (ossia sulla base di una finalizzazione di tali prassi a una maggiore produttività) [...]». In assenza di tale accertamento, infatti, «non è ravvisabile la colpa del datore di lavoro, sotto il profilo dell'esigibilità del comportamento dovuto»<sup>75</sup>.

d) *Caso della macchina sega-ossi*: un lavoratore addetto al reparto macelleria di un supermercato si procura una ferita mediante l'utilizzo scorretto, frutto di prassi inveterata, di una macchina sega-ossi, eludendo il dispositivo di sicurezza regolarmente installato. La responsabilità del neo-direttore del punto vendita – che aveva assunto da soli cinque giorni anche la qualifica di “preposto di fatto” essendo in ferie al momento dell'infortunio il capo-reparto macelleria – è esclusa sulla base dell'inesigibilità di una specifica condotta di vigilanza e sul mancato accertamento della conoscenza effettiva o potenziale della prassi elusiva<sup>76</sup>.

e) *Caso del mancato uso del copricapo (in una giornata calda e assolata)*: esclusa la responsabilità datoriale a titolo di omicidio colposo per mancata vigilanza sull'uso effettivo da parte dell'operaio edile di un elmetto regolarmente fornito (e sull'avvenuta assunzione di sostanze alcoliche), sotto il profilo della inesigibilità del comportamento dovuto, essendo necessario accertare la conoscenza della prassi elusiva o della sua colposa ignoranza<sup>77</sup>.

f) *Caso dell'addetta alle pulizie*: l'annullamento senza rinvio è fondato sulla formula “perché il fatto non sussiste” e dipende dal mancato riscontro della violazione di una regola cautelare da parte della responsabile d'area e delegata di funzioni antinfortunistiche di un'impresa di grandi dimensioni. L'inosservanza non è stata infatti rinvenuta nell'omessa fornitura, all'addetta alle pulizie, di dispositivi di protezione individuale (guanti anti-taglio, esclusi per

<sup>75</sup> Cass., Sez. IV, 3.12.2020, 21.12.2020, n. 36778, G.C. (rel. Pavich), anche richiamando le già menzionate pronunce riferibili al *caso della macchina spezzonatrice* e al *caso dell'operatore ecologico*.

<sup>76</sup> Cass., Sez. IV, 8.10.2020, dep. 13.1.2021, n. 1096, V. (rel. Dawan) in *GI* 2021, 2218 (con mia nota dal titolo: *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, cit., 2219 ss.). Per un caso in tutto sovrapponibile, di utilizzo scorretto della *macchina sega-ossi* con protezione disabili, seguendo ancora una volta una prassi elusiva, ma con esito opposto di inammissibilità del ricorso dell'imputato, si veda Cass., Sez. IV, 26.1.2021, dep. 15.2.2021, n. 5796 (rel. Tanga): la pronuncia va in realtà considerata come una conferma dell'orientamento qui discusso, essendo stata accertata, nel caso esaminato, la conoscenza effettiva della prassi scorretta da parte del preposto: «Nulla, poi, è emerso che possa lasciar presumere che il rispetto delle norme cautelari violate non fosse concretamente esigibile dal ricorrente, nelle condizioni date. [...] è emerso che la manovra di utilizzo della macchina senza l'apposita protezione era abituale per [la persona offesa] e per i suoi colleghi, nonché visivamente constatata dall'imputato, il quale mai aveva sollevato obiezioni, né tantomeno imposto un corretto utilizzo della stessa». Cfr. anche Cass., Sez. IV, 7.11.2019, 3.1.2020, n. 54 (rel. Dovere), con esito di inammissibilità, nonostante il richiamo al medesimo principio di diritto: la pronuncia riguarda un infortunio derivato da una scorretta prassi operativa, consistita nella *disattivazione delle fotocellule di arresto dell'impianto* durante le operazioni di trasferimento di una lastra di travertino dalla macchina levigatrice a quella stuccatrice. La ritenuta responsabilità del datore è fatta però derivare dal fatto che, in quel caso, la prassi era tollerata («circostanze non contestate nemmeno dal ricorrente») e sul riscontro concreto dell'omesso svolgimento delle funzioni di vigilanza.

<sup>77</sup> Cass., Sez. IV, 9.12.2020, dep. 12.3.2021, n. 9824 (rel. Dawan).

una precisa scelta organizzativa orientata alla eliminazione del rischio alla fonte). La lavoratrice si era infortunata per essere venuta a contatto con dei pezzi di vetro dopo averli riposti in un sacco per la raccolta indifferenziata: così trasgredendo, però, alle prescrizioni aziendali che, a seguito della valutazione del rischio in questione, imponevano di non toccare i materiali taglienti, ma di operare mediante paletta e secchiello per la loro rimozione, inserendoli poi in un recipiente rigido anziché nel sacco della spazzatura. I giudici di legittimità, dopo l'esclusione del profilo oggettivo, valutano – *ad abundantiam* – anche il «versante di natura più squisitamente soggettiva, connesso alla possibilità dell'agente di osservare la regola cautelare», dando altresì rilievo all'elemento dimensionale dell'impresa. Pertanto, «la qualità dell'imputata [...] non costituisce di per sé prova della conoscenza o conoscibilità, da parte della stessa, di prassi comportamentali, più o meno ricorrenti, contrarie alle disposizioni in materia antinfortunistica». Con la conseguenza che non potrebbe esserle ascritta una eventuale condotta omissiva al riguardo, in assenza della certezza circa la conoscenza/conoscibilità della prassi elusiva<sup>78</sup>.

g) *Caso della messa a disposizione di guanti inidonei*: l'annullamento con rinvio è motivato sulla base dell'omessa verifica da parte della sentenza impugnata circa la possibilità di muovere un rimprovero al datore di lavoro per aver messo a disposizione del lavoratore infortunato dei d.p.i. (ancora una volta, come nel caso dell'addetta alle pulizie, dei guanti) rivelatisi poi inidonei, nonostante la scelta fosse stata operata in conformità agli esiti dell'attività di consulenza resa sul punto da una società specializzata in materia e previo vaglio del Responsabile del servizio di protezione e prevenzione. Accertate, dunque, la violazione cautelare e la causalità della colpa, «[n]ulla emerge però [...] circa l'effettiva rimproverabilità della condotta all'imputato». È invece «necessario valutare l'eventuale influenza della detta attività di consulenza in ordine al giudizio di esigibilità del comportamento dovuto», onde poter dedurre la conoscenza o conoscibilità da parte del garante della residua situazione di pericolo<sup>79</sup>.

h) *Caso dello schiacciamento della mano in una calandra*: la vicenda – che riguarda un infortunio derivato dall'utilizzo di una macchina utensile modificata in modo pericoloso dall'impresa utilizzatrice per adattarlo alle proprie esigenze produttive – si segnala in modo particolare, in quanto ha condotto la Cassazione a una decisione che assai correttamente differenzia le diverse posizioni dei tre “garanti” imputati: il fabbricante della macchina non risponde perché non ha violato nessuna regola cautelare e non sussiste quindi causalità (annullamento senza rinvio perché il fatto non sussiste)<sup>80</sup>; quanto al datore di lavoro, in carica da 6 mesi, si ritiene mancante l'accertamento della colpa soggettiva, difettando ogni verifica circa l'esigibilità della pretesa di mettersi in condizioni di conoscere lo specifico problema di sicurezza alla base dell'evento lesivo, e ciò alla luce delle dimensioni della società, della tipologia di attività espletate e del tempo trascorso dall'assunzione della posizione di garanzia (annullamento con rinvio); risponde invece il dirigente delegato per la sicurezza, rispetto al quale è stata verificata la consapevolezza delle pericolose modifiche intervenute sul macchinario (rigetto del ricorso)<sup>81</sup>.

i) *Caso dell'incendio del tetto durante il collaudo di un camino*: in questa vicenda – che esula dal contesto lavorativo e riguarda la sicurezza degli impianti – il ricorrente, legale

<sup>78</sup> Cass., Sez. IV, 3.12.2020, dep. 31.3.2021, n. 12137, Bernacchi (rel. Dawan).

<sup>79</sup> Cass., Sez. IV, 13.4.2022, 10.6.2022, n. 22628, B.R.N. (rel. Antezza).

<sup>80</sup> In realtà, rispetto a questa posizione soggettiva la formula assolutoria più corretta parrebbe: *per non aver commesso il fatto*, e ciò proprio in virtù di quanto poi ritenuto a carico degli altri imputati.

<sup>81</sup> Cass., Sez. IV, 8.3.2022, dep. 13.9.2022, n. 33548, Carello (rel. Esposito).



rappresentante di una ditta, era stato condannato per l'incendio colposo derivato dalla installazione di un camino in un appartamento senza il rispetto delle norme tecniche in materia. Lo stesso, non in possesso dei requisiti tecnico-professionali, aveva correttamente nominato, come prescritto dalla legge n. 46/1990 sulla sicurezza degli impianti, un responsabile tecnico. A giudizio della Corte l'annullamento con rinvio si impone in quanto la responsabilità del titolare dell'impresa – allorché lo stesso non possieda la competenza professionale necessaria e abbia nominato un responsabile tecnico, non sussistendo una *culpa in eligendo vel in vigilando* – non può essere desunta dalla mera sottoscrizione della dichiarazione di conformità, dovendosi accertare la concreta esigibilità del rispetto delle norme cautelari violate<sup>82</sup>.

j) *Caso del direttore di stabilimento in carica da tre mesi*: con riferimento a una prassi operativa pericolosa ritenuta “notoria”, che aveva causato un infortunio mortale, alla conferma della condanna del datore di lavoro e di altre figure di garanti, segue l'annullamento con rinvio in relazione alla diversa posizione del direttore dello stabilimento, il quale aveva assunto l'incarico da meno di tre mesi (da considerare che l'incarico riguardava due stabilimenti; che, quindi, il direttore era presente sul luogo dell'infortunio due giorni a settimana; che per il mese di agosto lo stabilimento era rimasto chiuso; che, dopo l'assunzione dell'incarico, due *audit* in materia di sicurezza attestarono la non pericolosità dell'impianto). La pronuncia sottolinea come «i tempi e i modi di apprensione delle informazioni connesse al ruolo rilevano ai fini del giudizio di esigibilità del comportamento dovuto e della rimproverabilità dell'atteggiamento doveroso»<sup>83</sup>.

k) *Caso dell'operaio precipitato durante i lavori di disbosco*: l'annullamento con rinvio è determinato altresì dal vizio di motivazione della pronuncia impugnata là dove – anche a voler ritenere non affetto da illogicità l'accertamento in ordine all'esistenza di una prassi elusiva (mancato rispetto delle misure idonee a eliminare o ridurre il rischio: imbracature di sicurezza e paratie, pure messe concretamente a disposizione) – non è poi stata esibita, sotto il profilo della esigibilità del comportamento dovuto, alcuna valutazione circa la conoscibilità di tale prassi da parte della figura datoriale<sup>84</sup>.

l) *Caso del trapano a colonna*: la vicenda riguarda la responsabilità dell'amministratore delegato e datore di lavoro per le lesioni patite da un operaio intento ad utilizzare attrezzatura (in particolare, un trapano a colonna) ereditata dalla precedente gestione aziendale e di cui era stata stabilita la dismissione in quanto priva dei requisiti di sicurezza, delegando due preposti a procedere in tal senso. Al datore è rimproverato dalle sentenze di merito di non aver appurato la effettiva dismissione del trapano non a norma, essendo prevedibile che i lavoratori avrebbero utilizzato l'attrezzatura scartata ma rimasta in officina. L'annullamento con rinvio è motivato ancora una volta sulla mancata verifica di esigibilità dell'obbligo di vigilanza datoriale, alla luce dell'organizzazione aziendale in concreto (in cui le funzioni erano state delegate ed era prevista una procedura informativa), e quindi circa la concreta possibilità, in assenza di ogni segnalazione, di avere contezza della persistente presenza dei macchinari pericolosi formalmente dismessi<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Cass., Sez. IV, 4.4.2023, dep. 26.4.2023, n. 17208 (rel. Vignale).

<sup>83</sup> Cass., Sez. IV, 11.5.2023, dep. 24.7.2023, n. 31833 (rel. Vignale).

<sup>84</sup> Cass., Sez. IV, 5.10.2023, dep. 28.12.2023, n. 51455 (rel. Sessa).

<sup>85</sup> Cass., Sez. IV, 24.1.2024, dep. 27.2.2024, n. 8375, Turcato (rel. Cirese).

m) *Caso del boscaiolo colpito mortalmente da un ramo*: si tratta di una pronuncia della Sezione III che dispone l'annullamento mediante rinvio di una sentenza di conferma della condanna del datore di lavoro, emessa già in sede di rinvio dalla Corte d'appello, in quanto la stessa non s'era confrontata in maniera completa con i rilievi già mossi dalla precedente sentenza rescindente della Sezione IV della Suprema Corte: la quale aveva ritenuto necessario verificare in concreto il grado di esigibilità della condotta informativa e del conseguente onere di controllo da parte datoriale. La vicenda riguarda la morte di un dipendente, lavoratore esperto del settore, che aveva iniziato a lavorare in nero a operazioni di esbosco in subappalto. Al datore di lavoro era stata attribuita la responsabilità a titolo di omicidio colposo per essersi allontanato dal cantiere forestale nel momento di verifica dell'infortunio, dovuto alle modalità operative scorrette seguite dal lavoratore. La censura mossa ai giudici del rinvio consiste nell'insufficiente rilievo dato alle emergenze probatorie (con riguardo, in particolare, alle informazioni effettivamente trasmesse al lavoratore prima che il datore si allontanasse), con la finalità di verificare in concreto il grado di esigibilità della condotta informativa e dell'obbligo di vigilanza (che non si estende a un monitoraggio "momento per momento")<sup>86</sup>.

Passata in rassegna la giurisprudenza più recente, e messo così in risalto il già robusto orientamento proteso alla individualizzazione del giudizio di colpevolezza colposa, varrà la pena, per concludere, di esaminarne, in breve, gli effetti.

8. - Come si diceva, il tentativo di valorizzare la individualizzazione e la misura soggettiva della colpa solleva perplessità in una parte della dottrina.

Il timore, come anticipato, è che la misura soggettiva e la colpevolezza colposa finiscano per essere esclusivamente momenti di eventuale e occasionale esercizio di mera "benevolenza" o "indulgenza" del giudice, con funzione "compensativa" della indeterminatezza della colpa sul piano della misura oggettiva. Come dire: un modo per lavarsi la coscienza nei casi più "al limite".

Ne consegue che si guarda con scetticismo agli sforzi di individualizzazione o personalizzazione del rimprovero, invitando a concentrare i tentativi di delimitazione in funzione di garanzia piuttosto sulla corretta interpretazione della tipicità colposa. Si paventa, quindi, che un orientamento incline alla recepita ricostruzione binaria (misura oggettiva e misura soggettiva) e alla valorizzazione applicativa della dimensione di individualizzazione possa inverarsi a spese di un ulteriore affievolimento della dimensione di tipicità colposa: la quale, però, come noto, soffre di criticità croniche<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Cass., Sez. III, 12.12.2023, dep. 4.4.2024, n. 13653 (rel. Zunica). La precedente sentenza rescindente, che pure va inquadrata tra le faatrici dell'orientamento qui esaminato, è la seguente: m-*bis*) Cass., Sez. IV, 24.2.2022, dep. 24.3.2022, n. 10334, Z. (rel. Pavich), nella quale si legge: «è di tutta evidenza che l'allontanamento momentaneo dello Z. dal luogo ove erano in corso le operazioni non potrebbe essergli in sé rimproverato: una volta impartite le corrette istruzioni a un lavoratore provvisto della necessaria esperienza, ben poteva lo Z. confidare sul rispetto di dette istruzioni allontanandosi temporaneamente, non potendosi trascurare il profilo dell'esigibilità, in capo al datore di lavoro, di un dovere di sorveglianza che si spinga a un controllo costante e ininterrotto del rispetto delle prescrizioni in tema di sicurezza da parte dei lavoratori: esigibilità che invece, secondo la giurisprudenza della Corte regolatrice, non si estende all'obbligo di monitoraggio "momento per momento" delle lavorazioni e dell'ottemperanza alle prescrizioni antinfortunistiche da parte dei lavoratori e degli altri soggetti obbligati (cfr., con riferimento all'inesigibilità di una persistente attività di costante verifica dell'utilizzo dello strumentario di sicurezza da parte del titolare della posizione di garanzia, Sez. 4, n. 10712 del 14/02/2012, Mastropietro [...])».

<sup>87</sup> Sull'importanza da riconoscersi alla questione della indeterminatezza del tipo colposo, si permetta di rinviare a quanto ampiamente osservato in D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 150 ss., 162 ss., 182 ss., 190 ss., 197 ss., 215-337.

In altri termini: secondo questa prospettiva scettica, la (del tutto rara ed eventuale) valorizzazione della colpevolezza andrebbe a ulteriore detrimento della tipicità. Questa, tuttavia, non pare affatto una conseguenza inevitabile.

Orientamenti della “Quarta”, quale quello qui presentato, in tema in specie di sicurezza del lavoro, dimostrano il contrario: rivelano che “*si può fare!*”.

Si può ridurre il tasso di intrinseca indeterminatezza del tipo colposo come fattispecie “aperta”, senza rinunciare del tutto alla dimensione di colpevolezza nell’affermare la responsabilità per fatti colposi.

È significativo che, in alcune pronunce, la Corte – pur richiamando (si direbbe *ad abundantiam*) lo stesso principio di diritto circa l’inesigibilità della condotta in assenza di conoscibilità della prassi elusiva (che avrebbe comportato la formula “perché il fatto non costituisce reato”) –, riscontrata preliminarmente, tuttavia, l’assenza di una condotta inosservante oppure di un nesso di causalità, annulli utilizzando, correttamente, la più radicale formula assolutoria “perché il fatto non sussiste”<sup>88</sup>.

I timori dottrinali – in parte comprensibili, ma qui non condivisi – circa il rischio che le impostazioni dirette a irrobustire la colpevolezza colposa legittimino un ulteriore e improvvisto svuotamento della tipicità colposa, potrebbero dissolversi ove si consolidassero questi orientamenti giurisprudenziali sensibili a ricostruzioni finalmente “equilibrate” della struttura del reato colposo, perché attente alle due dimensioni necessariamente interrelate: quella, basilare, della violazione del dovere di diligenza (*misura oggettivo-soggettiva*) e quella, successiva ma altrettanto irrinunciabile, del potere individuale di adeguarsi alla pretesa cautelare (*misura soggettivo-individualizzante*).

Deve riconoscersi che il traguardo di una possibile individualizzazione della colpa in sede di giudizio di colpevolezza è arduo da guadagnare, perché legato alle contingenze del caso concreto. Ciò detto, secondo la dottrina più sensibile alla questione, e alla luce dell’emergente orientamento giurisprudenziale, non sembra un approdo impossibile, a patto di valorizzare elementi ulteriori rispetto alla indiscussa natura normativa della colpa, consistente nella violazione della regola cautelare (assieme, va da sé, agli altri passaggi della ricostruzione del profilo oggettivo della colpa: individuazione del soggetto “competente” per il rischio specifico, nesso di causalità, concretizzazione del rischio specifico nel risultato offensivo, evitabilità a mezzo del comportamento alternativo lecito, etc.).

Le evoluzioni “indotte” dalla giurisprudenza in tema di colpa cominciano finalmente a riguardare – sebbene in maniera più timida e forse rallentata rispetto ad altri momenti della ricostruzione della categoria della colpa – *anche* il profilo della *colpevolezza colposa*. E rappresentano una opportuna “correzione” degli esiti iper-oggettivanti della tradizionale concezione (dottrinale, prima che giurisprudenziale) ultra-normativa della colpa, intesa (esclusivamente ed erroneamente) come inosservanza di regole di cautela generiche o specifiche. Una correzione, questa, capace di restituire alla “colpa penale” i connotati di una autentica *mens rea*.

Questi orientamenti evolutivi ci ricordano come la ricostruzione del sistema della responsabilità penale sia una faticosa attività collettiva e plurale. Ritengo che sia un compito della dottrina quello di accompagnare, sempre, le evoluzioni della giurisprudenza quando queste siano avviate nella direzione giusta.

Così è, se vi pare, per l’evoluzione in corso sul tema della individualizzazione del giudizio di colpevolezza colposa.

<sup>88</sup> Così la già menzionata Cass., Sez. IV, 3.12.2020, dep. 31.3.2021, n. 12137, Bernacchi (*caso dell’addetta alle pulizie*); nonché la pure già ricordata Cass., Sez. IV, 8.3.2022, dep. 13.9.2022, n. 33548, Carello (*caso dello schiacciamento della mano in una calandra*).

1/2025-1

## L'INDULTO: UNA SOLUZIONE EMERGENZIALE PER FAR FRONTE AD UNA PERENNE EMERGENZA

di Carla Cataneo (*Assegnista di ricerca in diritto penale, Fondazione Fratelli Confalonieri*)

Nonostante i diversi tentativi di porre rimedio a tale fenomeno, il problema del sovraffollamento carcerario si ripropone in modo ciclico e ineluttabile. Al di là delle possibili soluzioni raggiungibili a livello generale di sistema, come l'implementazione tra le pene principali di sanzioni non detentive, che può generare nel tempo effetti positivi sui numeri della popolazione ristretta, appare ancora oggi necessario riportare l'attenzione anche sulle soluzioni emergenziali e sulla loro concreta praticabilità. Tra queste ultime, assume un'importanza cruciale l'utilizzabilità dell'indulto, per due principali ragioni: da un lato, per la sua maggiore efficacia deflattiva, trattandosi di un provvedimento generale, che può determinare in breve tempo la liberazione di un ampio numero di persone; dall'altro, per la circostanza che tale strumento impone al Parlamento di attivarsi per individuare i presupposti oggettivi e soggettivi per la sua applicazione, consegnando così la prerogativa della gestione della non punibilità all'unico organo in grado di individuare, in astratto, un adeguato punto di bilanciamento tra i rilevanti interessi in gioco.

Despite various attempts to address the issue, the problem of prison overcrowding is cyclical and unavoidable. Beyond the possible solutions that can be pursued at the general system level, such as the increased use of non-custodial sentences, which may have an indirect positive effect on the prison population over time, it remains necessary to focus attention on emergency solutions and their practical feasibility. Among these, the use of the pardon is of crucial importance for two main reasons: on the one hand, because of its greater deflationary effect, since it is a general measure that can lead to the release of a large number of people in a short period of time; on the other hand, because this instrument requires action by Parliament to identify the objective and subjective conditions for its use, thus entrusting the prerogative of managing impunity to the only body capable of determining, in the abstract, an appropriate balance between the significant interests at stake.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Recente giurisprudenza e introduzione delle questioni. – 3. Unità di reato o pluralità di reati? La descrizione della condotta nel reato complesso. – 3.1. Il riferimento al “reato” come un problema di qualificazione? – 3.2. L'esempio tratto dalla pronuncia delle Sezioni Unite. – 3.3. Il riferimento al “reato” come elemento di ausilio ermeneutico. Cenni al reato “eventualmente complesso” come esempio del duplice volto della tipicità. – 4. La realizzazione empirica della condotta del reato complesso: finalità e contestualità come fattori di unificazione empirica, nonché indicatori di tipicità unitaria e originaria. – 4.1. Contestualità come criterio empirico-relazionale. – 4.2 Finalità come rovescio della strumentalità (dominio teleologico sul fatto). – 5. Rilievi sul principio del *ne bis in idem* patrocinato dalla Cassazione. – 6. Sinossi conclusiva.

1. Con il presente contributo si propone di esaminare alcuni profili del reato complesso nel tentativo di avanzare, di questo istituto, una lettura diversa da quella largamente patrocinata in letteratura e in giurisprudenza, per la quale esso andrebbe iscritto nel quadro teorico del

concorso apparente di norme<sup>1</sup>, quale espressione, in particolare, dei criteri di specialità<sup>2</sup> e del *ne bis in idem*<sup>3</sup>.

L'obiettivo di questo scritto è, più precisamente, di rivendicare la tipicità unitaria originaria del reato complesso, la quale, lungi dal costituire l'esito di un confronto tra fattispecie – che trova espressione nel concorso (apparente o reale) – rappresenta, semmai, il suo necessario presupposto.

Per le ragioni che andremo esponendo sembra plausibile ritenere che il reato complesso, che da sempre si pone a metà strada tra il concorso apparente di norme e il concorso di reati, possa a buon diritto anticipare entrambi questi fenomeni, collocandosi, cioè, in un momento ad essi logicamente preliminare<sup>4</sup>.

Sebbene, come si è sostenuto, possa apparire irrilevante, a fini pratici, domandarsi se l'applicazione di una fattispecie implichi o meno, a monte, un confronto tra più fattispecie in concorso – se, cioè, mutuando una formula spesso impiegata in dottrina, il concorso apparente rappresenti una tipicità unitaria “sopravvenuta” o “originaria” – la prassi giurisprudenziale ha invece fatto discendere da tale distinguo conseguenze di non scarso impatto: basti pensare alla riemersione dei reati soccombenti quando la fattispecie prevalente non risulti applicabile per intervento di una causa di esclusione della punibilità o per mancanza di una condizione di procedibilità<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Nella meno recente letteratura riconducono il reato complesso al concorso apparente di norme, e ai diversi criteri di cui questo può essere espressione, R. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano 1971, 405 ss., che in particolare intende una delle due ipotesi di reato complesso (quella del reato-elemento costitutivo) nei termini della *specialità*; in senso analogo, M. Siniscalco, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano 1961, 162 ss.; cfr. anche G. Neppi Modona, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *RIDPP* 1966, 207. Considera il reato complesso come espressione del criterio dell'assorbimento P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Padova 1982, 392-393; analogamente D. Pratillo, *In merito a due asserite forme di reato complesso*, in *Annali di diritto e procedura penale* 1937, 672 e ss.

<sup>2</sup> Così F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966, 309. L'Autore, peraltro, esclude che il reato complesso rappresenti una deroga al concorso di reati (p. 272). In giurisprudenza, v. Cass. S.U. 28.4.2017 n. 20664.

<sup>3</sup> Il principio del *ne bis in idem* sostanziale è ormai riconosciuto a livello sovranazionale e accolto dalla nostra Corte Costituzionale (C. cost., 10.11.2016 n. 236, C. cost. 8.3.2019 n. 40). Per una ricostruzione del fondamento costituzionale del principio nella sua generalità e nella sua accezione sostanziale, cfr. C. Silva, *Ne bis in idem sostanziale: la faticosa emersione del contenuto di un principio*, in *GI* 2019, 1469. Con più specifico riguardo, invece, al reato complesso, esso viene invocato come criterio posto a fondamento dell'istituto, nonché, in senso più ampio, a risoluzione dei casi di concorso apparente di norme, di cui anche il reato complesso sarebbe declinazione. Relativamente al legame tra *ne bis in idem* e reato complesso, a sostegno dell'indirizzo che identifica nel principio in parola l'essenziale fondamento dell'istituto, si veda A. Vallini, *Lo “stalking” finito in tragedia e il reato complesso: un'altra “prova tecnica” di “ne bis in idem” sostanziale*, in *GI* 2022, fasc. 5, 1218 ss., dal quale, peraltro, prendono le mosse le presenti riflessioni. Dello stesso Autore, si veda anche A. Vallini, *Un caso complesso di “ragion fattasi” e un metodo in tema di concorso di norme e reati*, in *GI* 2023, 185, nonché A. Vallini, *Tracce di ne bis in idem sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *DPP* 2018, 525 ss. A fondare il reato complesso sul *ne bis in idem* sostanziale, ancora, tra le voci più risalenti, G. Vassalli, *Reato complesso*, in *ED*, XXXVIII, 1987, 816 ss. e C. Losana, *Reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *RIDPP* 1963, 1193-1194. Nella letteratura più recente, per un'illustrazione della giurisprudenza che riferisce il reato complesso al limitrofo principio di “consunzione”, cfr. I. Giacona, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino 2022, 139. M. Scoletta, *Idem Crimen. Dal “fatto” al “tipo” nel concorso apparente di norme penali*, Torino 2023, 505.

<sup>4</sup> La tesi per cui il reato complesso non apparterebbe al fenomeno del concorso apparente è stata in passato sostenuta da V. Spiezia, *Il reato complesso*, Udine 1937, 233.

<sup>5</sup> Per un'illustrazione delle diverse ipotesi di “reviviscenza” del reato soccombente per intervento di una causa di non punibilità o per la mancanza di una condizione di procedibilità della fattispecie speciale direttamente applicabile, e per i riferimenti alla casistica giurisprudenziale, cfr. D. Brunelli, *Appunti sulla tipicità unitaria del concorso apparente di norme: eclissi definitiva o spazi per la riemersione del reato soccombente?*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it) 2021, 7 ss. ove si rileva che, anche ammesso che il reato complesso possa dirsi genuina

Pur potendosi osservare che una simile prassi si espone comunque a delle critiche – indipendentemente, cioè, dalle premesse dalle quali essa muove – la distinzione sopra tracciata può assumere altresì un qualche significato teorico, se non altro perché offre l'occasione di riflettere, da una visuale forse non consueta, sul tema della tipicità come problema di qualificazione<sup>6</sup>. Inoltre, permette di sottoporre a nuovo esame due aspetti utili alla ricostruzione ermeneutica del reato complesso, e che tuttavia non di rado soccombono al cospetto dei criteri assiologici ai quali spesso si ricorre per leggere ed interpretare l'istituto: si fa riferimento ai criteri della logica giuridica e a quelli che dirigono l'accertamento empirico, entrambi necessari alla qualificazione penale nonché alla determinazione dell'unità di azione, posta a fondamento della tipicità unitaria originaria del reato complesso.

Si procederà, pertanto, con un'analisi del dato normativo, dalla quale trarre qualche prima interlocutoria conclusione sulla tipicità astratta del reato complesso. Più oltre, invece, ci si concentrerà sulla dimensione empirica, da ritenersi tuttavia prioritaria nella determinazione del carattere unitario della condotta. Infine, si lascerà spazio a qualche considerazione finale in tema di *ne bis in idem*, nei limiti di quanto risulti strettamente utile ai fini di questo scritto.

Si prenda allora, ad esempio pratico per la presente trattazione, una non più recentissima pronuncia delle Sezioni Unite<sup>7</sup>, i cui passaggi argomentativi, tuttavia, in buona misura sollecitano le riflessioni che seguiranno.

---

espressione del concorso apparente di norme (nella specie, *ex art. 15 Cp*), la riemersione del reato soccombente dovrebbe comunque essere prevista espressamente dalla legge. Sull'argomento, ancorché relativamente al profilo processuale, cfr. anche F. Centorame, *Il principio del ne bis in idem in casi particolari*, in *Il ne bis in idem*, a cura di A. Mangiarina, Torino 2021, 58. Sul piano processuale si tratta di capire se esistano preclusioni "a doppio senso" *ex art. 649 Cpp*: se, cioè, il giudicato formatosi sul reato complesso funga da impedimento all'instaurazione di un separato giudizio in ordine ai singoli reati che lo compongono, e, se, d'altra parte, una sentenza irrevocabile sui fatti che potrebbero comporre il reato complesso inibiscano un giudizio su tale fattispecie. Esclude l'apertura di un nuovo giudizio sia nell'uno, che nell'altro caso E.M. Mancuso, *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Ubertis, G.P. Voena, Milano 2012, 482-3, ove si richiama un caso giurisprudenziale, ormai risalente, rispetto al quale la Corte di Cassazione ha stabilito che il proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato di appropriazione indebita, addebitato all'amministratore di una società, non preclude di regola l'esercizio dell'azione penale per bancarotta fraudolenta in un diverso giudizio, ove sia intervenuta la dichiarazione di fallimento (con la precisazione, tuttavia, che in quel caso la Corte aveva ritenuto sussistente un reato progressivo e non complesso, per mancanza di simultaneità delle condotte, che si erano, anzi, poste in rapporto di successione cronologica), cfr. Cass. 18.1.2008, Ricci e altri, in *CP 2010*, 1598 ss., con nota di P. Di Geronimo, *Bancarotta fraudolenta ed appropriazione indebita: una controversa ipotesi di reato complesso*. In senso analogo, si è stabilito che la condanna irrevocabile per il reato di appropriazione indebita di determinati beni aziendali non preclude nei confronti dell'imputato, dopo l'intervento della dichiarazione di fallimento della società, l'esercizio dell'azione penale per il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione degli stessi beni, in quanto, pur trattandosi di fattispecie strutturalmente diverse, i rispettivi elementi costitutivi danno luogo ad un reato complesso, in cui la bancarotta assorbe l'appropriazione indebita, così Cass. 29.11.2014 n. 48743.

<sup>6</sup> V. *infra* § 3.1.

<sup>7</sup> Cass. S.U. 26.10.2021 n. 38402; ma si veda anche Cass. 7.11.2018 n. 50325.

## COLPEVOLE D'OBEDIENZA. L'ORDINE DEL SUPERIORE NEL SISTEMA DI GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE

di Federica Ceccaroni (*Assegnista di ricerca in diritto penale, Università di Pisa*)

Lo scritto analizza il ruolo dell'ordine del superiore nel diritto penale internazionale, indagando la tensione tra responsabilità individuale e dovere di obbedienza in situazioni di devianza sistemica e istituzionale. Particolare attenzione è riservata alla presunzione di manifesta criminalità sancita dallo Statuto di Roma per i crimini contro l'umanità e il genocidio, esaminandone il fondamento giuridico e il rapporto con il contesto macrocriminale. Si riflette inoltre sulle possibili criticità legate al mancato adeguamento del diritto italiano allo Statuto, per concludere sull'importanza di criteri oggettivi per preservare la coerenza del sistema internazional-penalistico ma anche sulla necessità di un approccio personalizzato al rimprovero penale, capace di garantire un trattamento proporzionato agli esecutori.

This paper explores the role of superior orders in international criminal law, focusing on the tension between individual responsibility and obedience in contexts of systemic and institutional deviance. Particular attention is given to the presumption of manifest criminality established by the Rome Statute for crimes against humanity and genocide, analyzing its legal foundation and its relationship to macrocriminal frameworks. The paper further explores the challenges posed by the misalignment between Italian law and the Statute, ultimately advocating for the adoption of objective criteria to safeguard the coherence of the international criminal justice system, while emphasizing the need for a tailored and personalized approach to criminal responsibility that ensures proportional treatment for those carrying out such orders.

SOMMARIO: 1. Eccidi e “uomini comuni”. – 2. L'ordine del superiore nel diritto penale internazionale. – 3. La presunzione di manifesta criminalità. Note sul ruolo del contesto. – 4. La legittimazione dell'esimente nell'ambito dei crimini di guerra. – 5. Prospettive di adeguamento dell'ordinamento italiano allo Statuto di Roma.

1. L'ordine del superiore è un tema che si pone al crocevia di questioni che richiamano il fondamento stesso di un sistema di giustizia penale internazionale. *Sarei stato ribelle o carnefice?* Si interroga oggi Pierre Bayard<sup>1</sup>: in un ipotetico viaggio nel tempo, egli si chiede quale sarebbe stato il suo ruolo in un sistema piegato alla violenza, se fosse nato nei tormentati anni dei totalitarismi. Conformità, obbedienza, ideologia: ingredienti che ricorsivamente ritornano, capaci di trasformare “uomini comuni”<sup>2</sup> in ingranaggi senzienti di fabbriche della morte. Autorità e potere divengono strumenti piegati a fini indicibili, a quella sinistra alchimia del male così ben evocata dal suono sordo, meccanico, inumano, de *la zona d'interesse*, il recente film di Jonathan Glazer: quel suono che rimanda all'orrore della Storia.

---

\* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione al Convegno “L'adempimento all'ordine, tra responsabilità e obbedienza. Profili di diritto penale militare e internazionale” (Pisa, 23 settembre 2024), iniziativa del **progetto finanziato dall'Unione Europea - NextGenerationEU a valere sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Missione 4 Istruzione e ricerca – Componente 2 Dalla ricerca all'impresa - Investimento 1.1, Avviso Prin 2022 indetto con DD N. 1409 del 14/9/2022, dal titolo “The Problem of Responsible Obedience (ABIDE)”**, codice proposta P20229FK2F – CUP I53D23007270001.

<sup>1</sup> P. Bayard, *Sarei stato ribelle o carnefice?*, Palermo 2018.

<sup>2</sup> Il richiamo è al noto C. Browning, *Uomini comuni. Polizia tedesca e «soluzione finale» in Polonia*, Torino 1995.



Gli studi di Sherif, Asch, Milgram, Zimbardo, Latané e Darley<sup>3</sup>, per limitarci ai più celebri, offrono risposte disturbanti all'interrogativo di Bayard. Scomode soprattutto per il penalista, quantomeno nella sua veste tradizionale, data la sua poca dimestichezza a confrontarsi con questioni di sistema, di *contesto*<sup>4</sup>.

Quando tutto un apparato politico, giudiziario e amministrativo diviene mezzo di attuazione della violenza istituzionalizzata è talora difficile scorgere il confine tra lecito e illecito. Il singolo, le cui condotte sono consentite o imposte dalla legge vigente, spinte dal dovere di obbedire al superiore, esce talora disorientato dalla sovrapposizione tra ingiusto sistemico e legalità formale. In effetti, il fondamento della responsabilità di chi agisca in un contesto di macrocriminalità è, come noto, al centro di un problema non solo giuridico, ma prima etico e filosofico. Come è stato ampiamente dimostrato, anche nell'ambito di strutture di potere totalizzanti permane a livello individuale quella componente di autonomia che consente di muovere un rimprovero per le scelte e le azioni commesse. Negare questo assunto significherebbe negare il presupposto di legittimazione del sistema, su cui si regge la logica punitiva internazionale-penalistica. Tale paradigma individualizzante – che costituisce, peraltro, il precipitato garantistico della responsabilità nell'ambito dei crimini di massa – non esonera tuttavia dal confronto con l'effettiva *possibilità* in capo al singolo di agire diversamente. Laddove questa venga meno, vi è il rischio di scivolare verso meccanismi ascrittivi fortemente normativizzati: eppure, anche dinanzi alla coltre oscura delle atrocità è necessario che la componente personalistica dell'illecito sia il fulcro dell'imputazione.

Non è quindi un caso che una delle *defences* maggiormente invocate nell'ambito dei processi di penale internazionale sia quella dell'ordine del superiore<sup>5</sup>. Dalla pressione psicologica esercitata sul singolo in ragione del dovere di obbedire al superiore gerarchico (*conflitto di motivazione*<sup>6</sup>) discenderebbe la meritevolezza dell'esenzione da conseguenze penali, per effetto dello stato di subordinazione cui l'agente era astretto.

Senonché il diritto penale internazionale ha, sin dalle prime origini, rigettato il paradigma scusante dell'ordine del superiore<sup>7</sup>. Un punto di rottura sembra però aversi con lo Statuto di Roma, che in certa misura ammette l'ordine del superiore quale causa di esclusione della responsabilità penale, con l'eccezione espressa dei crimini di genocidio e crimini contro l'umanità. Ecco, dunque, l'esigenza di comprendere il fondamento di tale differenziazione stabilita dall'art. 33(2) dello Statuto di Roma, anche nella prospettiva dell'adeguamento del diritto penale interno.

2. Con riguardo alla rilevanza che l'ordine criminoso possa assumere, nella determinazione delle singole sfere di responsabilità, si rintracciano impostazioni diverse, che cercano di bilanciare due opposte esigenze: l'una più orientata al mantenimento della disciplina militare e, l'altra, tesa a valorizzare istanze preventivo-repressive. Il c.d. *respondeat superior approach*, attribuisce la responsabilità per il reato commesso solamente al superiore che abbia impartito l'ordine; all'opposto, il c.d. *absolute responsibility approach* non assegna all'ordine medesimo,

<sup>3</sup> V., tra gli altri, S. Milgram, *Obbedienza all'autorità. Uno sguardo sperimentale*, trad. it. di R. Ballabeni, Torino 2003; P. Zimbardo, *L'effetto Lucifero. Cattivi si diventa?*, Milano 2007.

<sup>4</sup> Per un recente studio sul tema si veda A. Spina, *Excusiology. Tentativo di una traduzione penalistica dell'effetto Lucifero*, in *SQuestCrim* 2020, 65 ss.; A. Di Martino, *Contesto e individuo nel sistema di giustizia penale internazionale. Contrappunto in riflessioni sparse*, in *SQuestCrim* 2020, 99 ss.; Cfr. altresì S. Manacorda, *Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Torino 2008.

<sup>5</sup> E. Van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford 2012, 287 ss.

<sup>6</sup> A. Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano 1963.

<sup>7</sup> Y. Dinstein, *The defence of "obedience to superior orders" in international law*, Leyden 1965.

in linea di principio, alcun significato di esonero per chi lo abbia eseguito<sup>8</sup>; infine, il c.d. *conditional liability approach* nega rilevanza alla causa di esclusione della responsabilità al ricorrere di alcuni requisiti, come la conoscenza o conoscibilità del carattere criminoso dell'ordine o la manifesta criminalità dello stesso.

Il diritto penale internazionale ha, sin dalle prime origini, rigettato il paradigma scusante dell'ordine del superiore. I Tribunali militari di Norimberga e di Tokyo sembrano infatti muoversi nell'ambito del principio della c.d. *absolute liability*; al più, all'ordine del superiore può essere attribuita rilevanza come circostanza attenuante.

Sulla stessa linea, del resto, si pongono gli Statuti dei tribunali *ad hoc*, della ex Jugoslavia e del Ruanda: sia l'art. 7(4) ICTY St, che l'art. 6(4) ICTR St, prevedono che l'aver agito in base a un ordine del Governo o di un superiore non solleva l'esecutore dalla responsabilità penale, «ma può essere valutato ai fini della riduzione della pena se il Tribunale internazionale così decide per motivi di giustizia».

Va nondimeno evidenziato come, laddove l'ordine si realizzi in circostanze tali da integrare gli estremi della *necessity*, è stata talora ammessa la possibilità di una sua valenza scusante<sup>9</sup>. Si tratta, tuttavia, di vicende tendenzialmente eccezionali e dotate di una propria peculiarità storico-politica<sup>10</sup>: basti pensare all'approccio più rigoroso con riguardo all'ordine-*duress* successivamente seguito dai giudici dell'ICTY nel caso *Erdemović*<sup>11</sup>.

Lo Statuto di Roma, che ha istituito la Corte penale internazionale, invece, sembra ammettere l'ordine del superiore quale causa di esclusione della responsabilità penale. L'art. 33 ICC St, invero, dopo aver stabilito che l'aver commesso il fatto in esecuzione di un ordine di un governo o di un superiore non esonera da responsabilità, prevede che ciò non vale nei casi in cui: a) la persona aveva l'obbligo legale di ubbidire agli ordini del governo o del superiore in questione<sup>12</sup>; b) la persona non sapeva che l'ordine era illegale; c) l'ordine non era manifestamente illegale. Un modello che sembra rifarsi al c.d. *conditional liability approach*.

<sup>8</sup> Si tratta dell'approccio seguito dall'art. 8 della Carta di Londra: «The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires».

<sup>9</sup> Ci si riferisce, ad esempio, al caso *Flick* (*Flick et al. US Military Tribunal Nuremberg*, Judgment of 22.12.1947, *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals*, Vol. VI, § 1199,) nell'ambito dei processi agli industriali a Norimberga. Si tratta di indicazioni particolarmente significative che, al netto delle peculiarità della vicenda *de qua*, valorizzano in chiave personalizzante l'assenza di strumenti di reazione legittima e di supporto istituzionale in capo agli imputati nel contesto di interi apparati orientati a fini criminali: «The evidence with respect to defendants Steinbrinck, Burkart, Kaletsch, and Terberger in our opinion, however, clearly established that there was in the instant case “clear and present danger” within the contemplation of that phrase. We have already discussed the Reich reign of terror. The defendants lived within the Reich. The Reich, through its hordes of enforcement officials and secret police, was always “present”, ready to go into instant action and to mete out savage and immediate punishment against anyone doing anything that could be construed as obstructing or hindering the carrying out of governmental regulations or decrees». L'argomentazione della Corte è degna di nota anche sotto il profilo del discrimine tra coloro che hanno spontaneamente assunto il proprio ruolo delinquenziale (non viene infatti applicata la *necessity* agli imputati Flick e Weiss, asseritamente interessati ai profitti conseguenti all'aumento della produzione aziendale, v. § 1201) e coloro che l'abbiano subito soltanto perché indotti dal timore di conseguenze pregiudizievoli.

<sup>10</sup> Sul punto v. G. Baars, *Capitalism's Victor's Justice? The Hidden Stories Behind the Prosecution of Industrialists Post-WWII*, in *The Hidden Histories of War Crimes Trials*, a cura di K.J. Keller, G. Simpson, Oxford 2013, 184 ss.; M. Joyce, *Duress: From Nuremberg to the International Criminal Court, Finding the Balance Between Justification and Excuse*, in *Leiden Journal of International Law* 2015, 623 ss.; D. Lustig, *Veiled Power. International Law and the private corporation, 1886–1981*, Oxford 2020, 123 ss.

<sup>11</sup> *Judgement, Erdemović*, (IT-96-22-A), AC, 7.10.1997. Per un'analisi del caso v. N. Selvaggi, *Il caso Erdemovic tra ordine del superiore e stato di necessità*, in *Diritto penale internazionale I. Casi e materiali*, a cura di E. Mezzetti, Torino 2010, 53 ss.

<sup>12</sup> Secondo G. Morgante, *La responsabilità dei capi e la rilevanza dell'ordine del superiore*, in *Problemi attuali*

Si tratta, in sostanza, di una scusante<sup>13</sup>: la punibilità può essere esclusa allorché l'errore sia apprezzabile sul piano della colpevolezza dell'agente, in ragione dell'inesigibilità del rifiuto dell'adempimento allorché l'esecutore sia sprovvisto di poteri di sindacato e di controllo idonei a consentirgli la percezione della sua criminalità.

L'art. 33(2) ICC St, però, stabilisce che gli ordini di commettere un genocidio o crimini contro l'umanità sono sempre considerati manifestamente illegali, di modo che l'ambito di applicazione della norma pare limitato esclusivamente ai crimini di guerra. Da più parti si sostiene che tale limitazione trovi giustificazione essenzialmente sul piano "politico": si è cioè inteso proteggere in modo particolare i militari in ragione della circostanza che, proprio durante i conflitti armati, il vincolo di obbedienza gerarchica assume una cruciale importanza per preservare la disciplina. Invero, dal punto di vista "sostanziale", i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità e il genocidio non differiscono molto fra loro sotto l'aspetto dell'offesa<sup>14</sup>.

La scelta operata dallo Statuto è stata però criticata da chi ne ha intravisto una possibile valvola di impunità: in questa logica si sostiene che l'ordine del superiore non potrebbe mai essere una causa di esclusione della responsabilità, al più una circostanza attenuante<sup>15</sup>.

D'altra parte, si osserva che la criminalità dell'ordine potrebbe non essere manifesta in capo al singolo neppure nel caso di genocidio e crimini contro l'umanità<sup>16</sup>.

A ben vedere, la ragione di proteggere i militari non tiene del tutto: sarebbe stato opportuno – come proposto dalla delegazione statunitense<sup>17</sup> – costruire la *defence* sul piano soggettivo, facendo leva sulla qualifica militare dei soggetti. Il dovere di pronta obbedienza che la gerarchizzazione militare impone avrebbe costituito la ragione di una simile limitazione, pur

---

*della giustizia penale internazionale*, a cura di A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco, Torino 2005, 149 ss., quanto all'"obbligo legale" è inevitabile un «rinvio al diritto interno ed, in particolare, alle disposizioni di legge che disciplinano il rapporto gerarchico. Ne deriva, dunque, che risulta certamente escluso che la sussistenza dell'obbligo legale di adempiere possa essere desunta da fonti subordinate alla legge. Trattandosi, infatti, di derogare all'applicazione delle disposizioni dello Statuto che prevedono i crimini potenzialmente oggetto dell'ordine, deve trattarsi di fonte pariordinata alla legge. Una diversa interpretazione condurrebbe alla paradossale conclusione di far prevalere sull'applicazione dello Statuto atti di autonomia privata ovvero fonti di rango inferiore».

<sup>13</sup> E. Amati, *L'efficacia esimente dell'ordine del superiore in relazione ai crimini di guerra nel diritto interno e nel diritto internazionale*, in *IP*, 2001, 974 s.

<sup>14</sup> E. Amati, *op. cit.*, 970; P. Gaeta, *The Defence of Superior Orders: the Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law*, in *European Journal of International Law* 1999, 189 ss.

<sup>15</sup> P. Gaeta, *op. cit.*, 189 ss.; A. Cassese, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, in *European Journal of International Law* 1999, 157: «Given this specificity of Article 8, one fails to see under what circumstances the order to commit one of the crimes listed therein may be regarded as being not manifestly unlawful, i.e. if nothing else, it would be 'manifest' in the text of the Rome Statute itself. Therefore, if the subordinate knew the Rome Statute's provisions, then the illegality of any order to commit a war crime as defined in the Statute would *ipso facto* be manifest to him».

<sup>16</sup> A. Smeulers, *Why Serious International Crimes Might Not Seem 'Manifestly Unlawful' to Low-level Perpetrators: A Social-Psychological Approach to Superior Orders*, in *Journal of International Criminal Justice* 2019, 105 ss.

<sup>17</sup> La proposta avanzata dal gruppo statunitense così recitava: «In addition to other grounds for excluding criminal responsibility permitted by this Statute, a person is not criminally responsible if at the time of that person's conduct [...] (c) The person was a member of forces acting pursuant to the order of a Government or of a military commander, unless the person knew the order to be unlawful or that the order was manifestly unlawful» 16.6.1998, A/CONF.183/C.1/WGGP/1.2. La previsione compromissoria, in larga misura recepita dall'art. 33 ICC St, era invece formulata nei seguenti termini: «(1) The fact that a person's conduct was pursuant to an order of a Government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve the person of criminal responsibility unless the order did not appear to be manifestly unlawful. (2) In respect of the commission of the crime of genocide or a crime against humanity, a person shall not be exempted from criminal responsibility on the sole ground that the person acted pursuant to an order of a Government or a superior, or pursuant to national legislation». Option B of the working paper on Article 32 of the Draft Statute A/CONF.183./C.1/WGGP/L.9, 24.6.1998.

mantenendo il limite oggettivo della manifesta criminalità. Del resto, anche crimini contro l'umanità o atti di genocidio possono essere commessi, e in concreto spesso lo sono, dalle forze armate.

In definitiva, però, vi è da domandarsi se la soluzione statutaria si ponga davvero in termini di discontinuità rispetto alle esperienze precedenti; se forse – in fondo – non siano tutte espressive di una medesima logica: quella della manifesta criminalità. Occorre dunque riflettere sul *fondamento* di una simile differenziazione, anche nella prospettiva della implementazione del diritto penale internazionale nella dimensione interna, nel tentativo di evitare ingiustificati scivolamenti verso forme di responsabilità oggettiva, di sistema.

3. Preme quindi interrogarsi sul fondamento di questa presunzione di manifesta criminalità stabilita dal paragrafo 2 dell'art. 33 dello Statuto, legata ai crimini contro l'umanità e al genocidio.

Va infatti osservato che l'ordine si traduce in *condotte* che potrebbero non apparire, sempre, almeno in concreto, manifestamente criminali. La presunzione costruita sulla *fattispecie astratta* (genocidio e crimini contro l'umanità) rischia così di sminuire il ruolo del fatto e di precludere una valutazione individualizzata della situazione dell'esecutore, rendendolo un mero "colpevole d'obbedienza"<sup>18</sup>. Invero, un crimine di "persecuzione" – come pure quello di *apartheid* – può apparire corrispondente a un diritto "interno" in sé discriminatorio, ma che sancisce la "legittimità" di quell'atto e dell'ordine che lo impone, così determinando nell'esecutore un "disordine valoriale e percettivo" che potrebbe indurlo verso un errore inescusabile sull'illiceità. Analogamente, un crimine come la "sparizione forzata" può realizzarsi anche mediante un rifiuto di fornire informazioni paragonabile, almeno formalmente, a un nostro rifiuto di atti d'ufficio.

Qui dev'essere però rimarcata la centralità del c.d. *contextual element*, attorno al quale si strutturano le fattispecie dello Statuto di Roma, nel definire la corretta posizione del problema. La particolare struttura legale dei crimini si compone, infatti, di due livelli: il primo è quello della commissione dei singoli reati-base (c.d. *underlying offences*, omicidio, lesioni personali, stupro, tortura, e via dicendo); il secondo livello è, per l'appunto, quello del contesto, la cornice entro cui si iscrivono le singole condotte: ad esempio, omicidio, stupro o tortura divengono crimini contro l'umanità se commessi in connessione con un "attacco esteso o sistematico ad una popolazione civile".

Ebbene, la scelta di presumere la manifesta criminalità di genocidio e crimini contro l'umanità è forse anche debitrice della pregnanza disvaloriale data dal loro *contextual element*. Quest'ultimo, infatti, implicando una moltitudine di attori e forme di violenza istituzionalizzata, funge da decisivo amplificatore del disvalore delle singole condotte. Crimini contro l'umanità e genocidio si caratterizzano per un elemento di contesto dotato di una pregnanza disvaloriale particolarmente forte, che ha carattere di auto-evidenza, finendo per connotare in termini di macroscopica criminalità anche la fattispecie individuale, in quanto

<sup>18</sup> Cfr. N. Selvaggi, *Dubbio sulla criminalità dell'ordine e responsabilità penale internazionale*, in *Diritto penale internazionale*, II Studi, a cura di E. Mezzetti, Torino 2007, 205 ss. Secondo l'A.: «v'è il rischio reale di un vero e proprio irrigidimento del giudizio di responsabilità, anche nel senso che qui assumerebbe caratteri che non trovano corrispondenze in ordinamenti penali nazionali che si richiamano realmente al principio di personalità dell'imputazione. Tale prospettiva diverrebbe poi ancora più radicale se si volesse intendere la presunzione stabilita dallo Statuto addirittura come assoluta, escludendo quindi la facoltà per l'imputato di provare comunque l'assenza di riconoscibilità in concreto della criminalità dell'ordine». V. anche R. Cryer, *War Crimes*, in *The Oxford Handbook to International Humanitarian Law*, a cura di D. Akande, B. Saul, Oxford 2017, 355: «subparagraph 2 is not easy to interpret, as, although the intention was to limit the defence to war crimes, rather than other offences, orders tend to engage in conduct, rather than being easily reduced to the categories of international crimes in abstracto».

necessariamente inserita in una cornice percepibile di violenza e discriminazione massiva. Dunque, anche quando detta “fattispecie individuale”, nel suo concreto atteggiarsi, non esprima di per sé sola un disvalore marcato, in quanto correlata oggettivamente e soggettivamente, nella percezione dell’agente, a un contesto così manifestamente vessatorio, ben difficilmente si potrà reputare il soggetto non affetto quantomeno da un “dubbio” circa la legittimità del proprio agire, e dell’ordine che quell’agire imponga.

L’irrelevanza dell’ordine del superiore in tali ipotesi si pone, insomma, in linea con il fondamento stesso del diritto penale internazionale, quale scudo alla dispercezione individuale di un più ampio sistema macrocriminale. Nell’alveo delle questioni più tormentate del Novecento vi è il tema della necessità di punire delitti intollerabilmente, sostanzialmente, ingiusti ma formalmente imposti dal diritto vigente o dal dovere di obbedienza all’ordine<sup>19</sup>. Il diritto penale internazionale origina nei meandri della formula di Radbruch e trova una legittimità autonoma e rinnovata quando, da giustizia che si autoimpone al di là del diritto, diviene, tanto più con lo Statuto di Roma, strumento legale di giudizio sulla perversione del potere statale. Per quanto il moderno sistema di giustizia penale internazionale non debba più cercare legittimazione in un qualche “diritto naturale”, questo carattere di auto-evidenza e universale riconoscibilità sembra ancora permeare i crimini previsti dallo Statuto.

4. I crimini contro l’umanità non sono la perversione di una violenza altrimenti tollerata, ma una forma di violenza massiva contro i civili. Così non è nel caso dei crimini di guerra, ove l’elemento di contesto è dato dalla correlazione con un conflitto armato, vale a dire un contesto di violenza legalizzata, al più regolata dal diritto umanitario. I crimini di guerra mirano a reprimere, come parte di una tradizione volta a civilizzare la guerra, ciò che è fondamentalmente considerato un eccesso all’interno di una forma di violenza altrimenti legale, da cui i civili devono essere protetti. Al contrario, la logica dei crimini contro l’umanità attinge molto di più da una tradizione dei diritti umani che cerca di condannare la violenta rivolta dello Stato contro le popolazioni.

Il fatto che lo Statuto apra alla possibile efficacia scusante solo nelle limitate ipotesi di crimine di guerra non manifestamente criminoso, è forse legato proprio al contesto di commissione di tali crimini<sup>20</sup>. In generale, la criminosità potrebbe essere meno evidente, e dunque oggetto di errori scusabili, rispetto ad alcuni crimini di guerra principalmente incentrati sulla trasgressione delle regole dello *ius in bello*. I crimini di guerra rappresentano una categoria fortemente eterogenea, che include fattispecie dal disvalore analogo ai crimini contro l’umanità e al genocidio, ma anche altre oggettivamente meno offensive. Questo è particolarmente vero per le violazioni dello *ius in bello*, norme spesso soggette a interpretazioni non univoche e applicabili in contesti di guerra dove la violenza, inclusa quella omicida nei confronti del nemico, è ampiamente ammessa<sup>21</sup>; regole, comunque, che fuoriescono da quel nucleo di

<sup>19</sup> G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano 2001.

<sup>20</sup> Va osservato che l’art. 8(1) ICC St indica che i crimini di guerra debbono essere perseguiti «in particular when committed as part of a plan or policy or as part of large-scale commission of such crimes». Non si tratta, però, di un requisito di natura sostanziale, ma suggerisce una politica preferenziale per la Corte con riguardo ai crimini di guerra commessi in modo esteso e sistematico. Cfr. R. Cryer, *op. cit.*, 348. Per il diritto internazionale i crimini di guerra restano tali anche se non commessi come parte di una politica. Del resto, sugli Stati non mutano le «obligations to prosecute isolated war crimes domestically».

<sup>21</sup> Dubbi permangono, però, sulla legittimazione della facoltà di uccidere in guerra, v. A. Eser, *Uccidere in guerra: alla ricerca di un fondamento di legittimità*, in RIDPP 2019, 1105 ss.

crimini dalla valenza offensiva indiscutibile e intrinsecamente riconoscibile, che incarna un'etica condivisa su scala mondiale<sup>22</sup>.

Come è stato osservato<sup>23</sup>, il limite della “manifesta criminalità” è funzionale anche a mitigare l'assenza di *tassatività* della norma tutte le volte in cui il subordinato non si sia reso conto del carattere illecito dell'ordine. Sussiste infatti una relazione diretta fra tassatività della fattispecie incriminatrice e valenza scusante dell'ordine del superiore. La manifesta criminalità ben potrà fungere da limite alla configurabilità di una responsabilità in capo al subordinato tutte le volte in cui la fattispecie incriminatrice risulti carente sotto l'aspetto della determinatezza e della tassatività. Ad esempio, l'art. 8(2) lett. b n. XVI, punisce il fatto di “utilizzare gas asfissianti, tossici o altri gas simili e tutti i liquidi, materiali e strumenti analoghi” (corsivo nostro). Ebbene, non pare esigibile, in capo al mero esecutore, un sindacato sulla legittimità dell'ordine al fine di verificare se effettivamente gli “strumenti analoghi” rientrano tra quelli vietati e, dunque, costituiscano reato.

Ovviamente, anche nell'ambito dei crimini di guerra vi sono fattispecie connotate da un evidente disvalore “pre-giuridico”, come i crimini deliberatamente volti contro la popolazione civile. Significativo sul punto è chi ritiene che atrocità diffuse e sistematiche contro i civili in guerra siano in definitiva meglio affrontate come crimini contro l'umanità e, quindi, meglio comprese come parte di una tradizione di diritti umani volta a ridurre la violenza dei sovrani contro le popolazioni<sup>24</sup>. Peraltro, anche la giurisprudenza dell'ICC ritiene che qualora la fattispecie individuale di un crimine di guerra sia corrispondente a un crimine contro l'umanità, la scusante non potrà trovare applicazione, in quanto *ipso facto* manifestamente criminalosa<sup>25</sup>.

A ciò va aggiunto che, per alcuni crimini che si sostanziano nella violazione di norme tecniche sugli usi di guerra o delle convenzioni internazionali, risulta spesso difficoltoso, per il mero esecutore, stabilire se l'ordine sia o meno manifestamente illegittimo, né esso potrà reputarsi senz'altro “manifestamente” illegittimo. Ad esempio, all'art. 8(2), lett. b, n. II, si sanziona il fatto di “dirigere deliberatamente attacchi contro proprietà civili e cioè proprietà che non siano obiettivi militari”. Ebbene, nella maggioranza dei casi può essere complesso verificare se effettivamente l'ordine di colpire un determinato bersaglio costituisca o meno un crimine, dato che spetta essenzialmente ai vertici militari scegliere gli obiettivi strategici e accertare che non si tratti di obiettivi civili. Ed ancora, perplessità in ordine alla manifesta criminalità si possono nutrire in relazione alle figure di “uso improprio della bandiera bianca, della bandiera o delle insegne ed uniformi militari del nemico” (art. 8(2), lett. b, n. VII) e di “distruzione o confisca dei beni del nemico, salvo nei casi in cui tali distruzioni o confische sono imperativamente comandate da esigenze di guerra” (art. 8(2), lett. b, n. XIII). Insomma, si tratta di crimini che presuppongono una sorta di affidamento ai doveri di controllo e al margine di discrezionalità del superiore – evidente in concetti dalla formulazione elastica, come la *necessità militare* – che rendono ragionevole l'operatività dell'esimente. Del resto, non pare che si possa pretendere, da parte del mero esecutore, lo stesso dovere di attivarsi, in relazione all'osservanza delle norme concernenti le operazioni belliche, esigibile in capo al comandante. Detto altrimenti, l'esimente si giustifica in ragione della maggiore difficoltà per il subordinato di percepire il concreto disvalore del fatto qualora egli sia sprovvisto (come in genere accade nella

<sup>22</sup> A. Vallini, *La mens rea*, in *Introduzione al diritto penale internazionale*, E. Amati, V. Caccamo, M. Costi, E. Fronza, A. Vallini, Torino 2020, 185.

<sup>23</sup> E. Amati, *op. cit.*, 948 ss.

<sup>24</sup> F. Mégret, *Massive Violence Against Civilians in War: The Ever-blurring Line Between a Policy of War Crimes and Crimes Against Humanity*, in *Journal of International Criminal Justice* 2023, 527 ss.

<sup>25</sup> ICC, *Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, ICC-01/12-01/18, Judgment, TC, 26.6.2024, § 1780.

disciplina militare) di poteri di verifica e di controllo idonei a consentirgli la percezione della criminalità dell'ordine.

Si tratta, forse, anche del tentativo di creare un “cuscinetto” a scelte politiche che solo *ex post* potranno essere considerate criminose. «Cosa si intende per guerra e cosa invece non lo è, sono di fatto gli individui a deciderlo»<sup>26</sup>: in quanto espressione di decisioni politiche, la facoltà di chiamare “guerra” un’operazione militare è nelle mani di coloro che detengono il potere, siano essi governi regolarmente eletti o gruppi che si sono proclamati autonomamente. In tal senso, la scusabilità dell’errore sulla legittimità dell’ordine con il limite della manifesta criminalità può essere letta come valvola di apertura alla dimensione politica di alcune scelte strategiche<sup>27</sup>. Un’ultima notazione. L’apertura alla scusabilità dell’errore nei casi di crimini di guerra è verosimile si riconnetta, altresì, alla vocazione armonizzatrice dello Statuto di Roma. Quest’ultimo si caratterizza, invero, per un’opera di codificazione assai casistica dei crimini di guerra, che non si limita a delineare le fattispecie di maggiore gravità verosimilmente destinate a impegnare gli sforzi della Corte, ma si apre a considerare figure di minor significato, immaginate soprattutto per stimolare corrispondenti adeguamenti degli ordinamenti nazionali. Nelle esperienze internazionale-penalistiche precedenti, in effetti, non si trova traccia di questa puntuale opera di tipizzazione: esse, invero – incentrate su logiche di preminenza del Giudice internazionale sulle giurisdizioni statali – certamente difettavano di questa dimensione *discendente*, di questo ruolo di sistema che è anche, indirettamente, processo di armonizzazione.

Così inquadrato, quello dello Statuto non è, forse, un approccio davvero nuovo, estraneo alla filosofia ispiratrice dello stesso Tribunale militare di Norimberga. Lì il principio dell’*absolute liability* trovava giustificazione nel carattere assolutamente eccezionale di quella vicenda storica e nella gravità dei crimini contestati: ma, in realtà, sottendeva una valutazione di manifesta criminalità dei crimini di competenza; recepiva sottotraccia il concetto di manifesta criminalità, la teoria del “non poteva non sapere” diffusa a livello comparato già prima di Norimberga<sup>28</sup>. Oggi, la dimensione di sistema dello Statuto e, in particolare, quella ulteriore finalità armonizzatrice in sinergia con gli ordinamenti nazionali presupposta dal criterio di complementarità, impone un confronto anche con casi di minore gravità, lasciando dunque comprendere perché vengano ampliati, seppure in modo limitato, i margini di operatività dell’esimente. Ma in generale, al di là di questo minimo scarto indotto da una diversità sistematica e funzionale, sembra che lo Statuto di Roma si confermi come sistema volto a evitare qualsiasi tipo di deresponsabilizzazione per crimini internazionali fondata sulla scusa dell’obbedienza, in linea, quindi, con quella logica ascrittiva che è anche momento di legittimazione del DPI.

5. Tanto lo Statuto di Roma, quanto il diritto penale italiano sono dunque modellati secondo il c.d. *conditional liability approach*, che attribuisce rilevanza alla causa di esclusione della responsabilità al ricorrere di alcuni requisiti, come la mancata conoscenza del carattere criminoso dell’ordine e la non manifesta criminalità dello stesso.

Anche nel diritto interno l’esimente è infatti costruita secondo il criterio, intermedio, rispondente a logiche di colpevolezza normativa, della manifesta criminalità dell’ordine. Qui l’ordine non si atteggia a “causa di giustificazione”, non rende obiettivamente lecita la

<sup>26</sup> M. Walzer, *Just and Unjust Wars. A Moral Argument with Historical Illustrations*, New York 1977, 24 s. (trad. it. F. Armao, *Guerre giuste e ingiuste. Un discorso morale con esemplificazioni storiche*, Roma-Bari 2009).

<sup>27</sup> Per un approccio pratico delle difficoltà che incontra nella prassi l’esecutore dell’ordine si rimanda alle osservazioni di C. Gabellini in questo numero.

<sup>28</sup> Si veda, sul punto, la ricostruzione di H. McCoubrey, *From Nuremberg to Rome: Restoring the Defence of Superior Orders*, in *The International and Comparative Law Quarterly* 2001, 386 ss.

commissione di un crimine internazionale, ma apre a una possibile “scusa” nella misura in cui, benché illecito, abbia indotto il subordinato in errore circa la liceità di ciò che si comanda. Entrambi i sistemi si muovono, dunque, sul piano della rimproverabilità della condotta del subordinato: l’ordine del superiore è tendenzialmente idoneo a escludere la responsabilità del subordinato solo se l’illegittimità del comando impartito non fosse o oggettivamente manifesta o soggettivamente nota all’esecutore.

È vero che, nell’art. 51, co. 4 Cp, la rilevanza scusante è letteralmente riferita al caso di “insindacabilità” dell’ordine illegittimo («Non è punibile chi esegue l’ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell’ordine»). L’interpretazione prevalente, però, intende tale “insindacabilità” come rispondente a logiche di “colpevolezza normativa”<sup>29</sup>: si tratta cioè di un giudizio di “scusabilità” soggettiva dell’adempimento a un ordine che, benché *contra ius*, non lasciasse tempo e spazio per valutazioni di liceità da parte dell’inferiore inserito in settori pubblicistici fortemente gerarchizzati e incentrati su doveri di pronta obbedienza, quale l’ambito militare e delle funzioni di polizia; di conseguenza, la scusante è destinata a non operare quando la criminalità dell’ordine è comunque conoscibile – o *a fortiori* conosciuta – come in specie accade ove “manifesta”, limite oggettivo all’applicabilità della scusante<sup>30</sup>. Insomma, il subordinato che non abbia per avventura colto la criminalità dell’ordine è comunque colpevole, proprio in ragione di quel suo atteggiamento personale, per non aver percepito un disvalore di portata evidente e incontrovertibile<sup>31</sup>.

In altri termini, l’ordinamento italiano conosce da tempo una regolamentazione in linea con quanto previsto dallo Statuto. Non è invece presente, anche in ragione della perdurante mancata implementazione dello Statuto nel diritto interno – che ad esempio non conosce i “crimini contro l’umanità” –, quella presunzione di manifesta criminalità limitata a genocidio e crimini contro umanità, di cui si è detto. In un’Europa macchiata dal sangue e con una guerra sulle rive del Mediterraneo è imperativo ribadire la necessità di un adeguamento dell’ordinamento italiano allo Statuto sul piano sostanziale e, in tale prospettiva, vi è da interrogarsi sull’*opportunità* di recepire quella presunzione di manifesta criminalità.

Anzitutto vi è da dire che la giurisprudenza italiana ritiene manifestamente criminali i crimini contrastanti con i più elementari principi di umanità, quali normalmente saranno atti di genocidio o crimini contro l’umanità<sup>32</sup>. Va nondimeno osservato che il criterio, di non facile

<sup>29</sup> T. Padovani, *Ordine criminoso e obbedienza gerarchica nel diritto penale italiano*, in *Dei delitti e delle pene* 1987, 477 ss. V. anche T. Travaglia Cicirello, *Dovere e ordine scriminante. Contenuto e limiti dell’art. 51 c.p.*, Torino 2020; D. Provolò, *Esecuzione dell’ordine superiore e responsabilità penale*, Padova 2012.

<sup>30</sup> Il limite della “manifesta criminalità” emerge, peraltro, dall’art. 17 co. 3, d.p.r. 3/1957, t.u. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato: «L’impiegato, al quale, dal proprio superiore, venga impartito un ordine che egli ritenga palesemente illegittimo, deve farne rimostranza allo stesso superiore, dichiarandone le ragioni [...]. L’impiegato non deve comunque eseguire l’ordine del superiore quando l’atto sia vietato dalla legge penale»; dall’art. 66 co. 4, del nuovo ordinamento dell’Amministrazione della pubblica sicurezza (l. 1.4.1981 n. 121): «L’appartenente ai ruoli dell’Amministrazione della pubblica sicurezza, al quale viene impartito un ordine la cui esecuzione costituisce manifestamente reato, non lo esegue ed informa immediatamente i superiori»; dall’art. 1349, co. 2, d.lgs. 15.3.2010 n. 66 – Codice dell’ordinamento militare (COM): «Il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l’ordine e di informare al più presto i superiori».

<sup>31</sup> Cfr. T. Padovani, *op. cit.*, 486 secondo cui la «manifesta» criminalità dell’ordine costituisce un criterio presuntivo utile a dimostrare l’effettiva consapevolezza da parte del subordinato, basandosi sul presupposto che sia impossibile negare la percezione di una realtà macroscopicamente evidente. Di conseguenza, ove vi sia prova di tale consapevolezza, sarebbe illogico che il criterio presuntivo stabilito per accertarla finisca col negare il proprio stesso fondamento, giocando a favore dell’agente contro la realtà della sua rappresentazione soggettiva.

<sup>32</sup> Si pensi alla sentenza sulla strage di Sant’Anna di Stazzema (Cass. 25.1.2008 n. 4060), o sull’eccidio delle



intelleggibilità, della manifesta criminalità dell'ordine non sempre ha portato a esiti univoci. Indicativo, sul punto, è il caso Kappler – riferito all'eccidio delle fosse ardeatine – in rapporto al quale il tribunale penale militare di Roma ha adottato un criterio di tipo essenzialmente soggettivo.

«il Collegio ritiene che l'ordine di uccidere dieci italiani per ogni tedesco morto nell'attentato di Via Rasella, concretatosi [...] nell'ordine di uccidere 320 persone in relazione a 32 morti, pur essendo illegittimo in quanto quelle fucilazioni costituivano per le considerazioni esposte, degli omicidi, non può affermarsi con sicura coscienza che tale sia apparso al Kappler. [...] Questa deduzione, l'abito mentale portato all'obbedienza pronta che l'imputato si era formato prestando servizio in un'organizzazione dalla disciplina rigidissima, il fatto che ordini aventi lo stesso contenuto in precedenza erano stati eseguiti nelle varie zone d'operazioni, la circostanza che un ordine del Capo dello Stato e Comandante Supremo delle forze armate, per la grande forza morale ad esso attinente, non può non diminuire, specie in un militare, quella libertà di giudizio necessaria per un esatto sindacato, sono elementi i quali fanno ritenere al Collegio non possa affermarsi con sicurezza che il Kappler abbia avuto coscienza e volontà di obbedire ad un ordine illegittimo».

Kappler viene comunque condannato all'ergastolo – per aver ucciso dieci persone in più rispetto a quanto previsto dall'ordine – ma la vicenda dà conto della problematicità di un criterio che, se rilasciato totalmente alla discrezionalità giudiziaria, può portare a esiti di questo tipo. Il caso è altresì emblematico del disordine valoriale e percettivo che si viene a creare, nell'agente, in uno scenario di macrocriminalità, vale a dire di come la “manifesta criminalità”, in un contesto dei crimini di massa, sia ancor più problematica che in un contesto di criminalità ordinaria. Questo perché fattori istituzionali, psicologici, ideologici portano a uno scompenso valutativo in capo al singolo, che opera nella convinzione della liceità – o, addirittura, della doverosità – del proprio comportamento anche per crimini che possono essere considerati *mala in se*.

In definitiva, vi è il rischio che parametri eccessivamente soggettivizzati, orientati alla percezione individuale, tendano alla deresponsabilizzazione dell'individuo. Se non si ammette la necessità di un criterio di carattere oggettivo, viene meno lo strumento per smantellare l'apparato di uno Stato deviato, cioè per soddisfare lo scopo stesso di un sistema di giustizia penale internazionale.

Il criterio soggettivo di cui al caso Kappler è stato comunque superato dalla giurisprudenza successiva, che ha invece adottato un approccio di tipo oggettivo, con riferimento al parametro del “tipo medio” di persona; criterio che dovrebbe di regola trovare applicazione anche al genocidio e ai crimini contro l'umanità (ove fossero codificati nel sistema italiano).

Ad ogni modo, recepire l'art. 33 dello Statuto attraverso una specifica previsione che contenga quella presunzione di manifesta criminalità per i crimini contro l'umanità e genocidio significa introdurre un limite alla discrezionalità giudiziaria coerente con la prospettiva internazionale-penalistica. In questo senso si muoveva il progetto di codice dei crimini internazionali della Commissione Palazzo-Pocar<sup>33</sup>: una scelta in linea con quella adottata dal VStGB tedesco:

Fosse Ardeatine (caso Priebke: Cass. 1.12.1998 n. 12595).

<sup>33</sup> La relazione conclusiva e l'articolato sono disponibili al seguente link: <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/codice-dei-crimini-internazionali-pubblicata-la-relazione-della-commissione-palazzo-pocar>. In generale, sulla proposta di Codice, si vedano N. Selvaggi, *The way forward. An overview on the draft “Palazzo-Pocar” of 2022*, in *Domesticating International Criminal Law*, a cura di F. Jeßberger, C. Meloni, M. Crippa, London 2023; E. Fronza, C. Meloni, *The Draft Italian Code of International Crimes*, in *Journal of International Criminal Justice* 2022, 1027 ss.; A. Vallini, *il codice a pezzi. Ascesa e caduta*

§ 3 VStGB - *Handeln auf Befehl oder Anordnung*

*Ohne Schuld handelt, wer eine Tat nach den §§ 8 bis 15 in Ausführung eines militärischen Befehls oder einer Anordnung von vergleichbarer tatsächlicher Bindungswirkung begeht, sofern der Täter nicht erkennt, dass der Befehl oder die Anordnung rechtswidrig ist und deren Rechtswidrigkeit auch nicht offensichtlich ist.*

[Non ha colpevolezza chi commette un fatto di cui ai paragrafi da 8 a 15 – vale a dire un crimine di guerra – in esecuzione di un comando militare o di un ordine di fatto dotato di analoga forza vincolante, qualora egli non riconosca l’illiceità del comando o dell’ordine, e tale illiceità non sia altresì manifesta].

Si è così inteso evitare soluzioni più permissive rispetto alle pretese statutarie, e la dissonanza rispetto al principio di colpevolezza è stata reputata coerente con l’ampia discrezionalità del legislatore nel tipizzare i presupposti oggettivi di operatività delle scusanti. In questo caso, peraltro, la ragionevolezza della scelta emerge dalla coerenza con quegli *standard* internazionali, anche di rilievo consuetudinario, che hanno costituito principi cardine delle esperienze internazional-penalistiche più significative.

Certo è che, sebbene in linea con logiche e basi di legittimazione del sistema di giustizia penale internazionale, la presunzione di manifesta criminalità costruita sulla *fattispecie astratta* rischia di precludere la possibilità di un apprezzamento individualizzato della posizione dell’esecutore dell’ordine. Quando si passa dalle “micropatologie” del rapporto gerarchico autoritativo – su cui è tagliato l’art. 51 Cp – a ordini criminali nel contesto di apparati di potere orientati a scopi delinquenziali, gli esecutori intermedi possono essere chiamati ad assolvere compiti intrinsecamente non criminali, ma che assumono tale connotazione nell’ambito di una attività concorsuale complessa<sup>34</sup>. Va osservato, invero, che nel sistema istituito dallo Statuto di Roma, valutazioni di opportunità ben potrebbero orientare la discrezionalità del Procuratore della ICC a evitare di perseguire casi tendenzialmente marginali nel complessivo sistema macrocriminale oggetto di indagine e non dotati della sufficiente gravità. Nel diritto interno, invece, in assenza di simili margini di discrezionalità dell’azione penale, permane l’esigenza di interrogarsi su meccanismi idonei a ritagliare il rimprovero secondo cadenze maggiormente

---

della proposta di una legge organica sui crimini internazionali, in RIDPP 2023, 91 ss.; id., “Una sola moltitudine”: le atrocità della guerra in Ucraina, la giustizia penale internazionale, la Commissione “Palazzo – Pocar” per un Codice dei Crimini Internazionali, in Ieonline 2022, 21 ss.; S. Manacorda, Codificare i crimini internazionali. Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale, in Quad. cost. 2022, 779 ss.; F. Ceccaroni, Per una giustizia dell’inumano, in Giustizia insieme, 17.4.2024; M. Crippa, L’approvazione di un codice dei crimini internazionali “dimezzato” Le ragioni di un (dis)atteso intervento normativo, in Quest. Giust., 21.3.2023, 8 ss.; per una tesi minimalista e conservatrice che guarda con sfavore al progetto de qua v. A. Cruciani, Il progetto per un codice di crimini internazionali alla lente dei principi di complementarità e ne bis in idem dello Statuto della CPI, in Quest. Giust., 2.3.2023.

<sup>34</sup> T. Padovani, *op. cit.*, 487 ss. osserva, peraltro, come il quadro delineato dall’art. 51 Cp e dalle disposizioni settoriali di riferimento trova la sua cornice nella possibilità offerta al subordinato cui sia impartito un ordine criminale, di sollecitare l’intervento dei superiori. Tale facoltà costituisce finanche un obbligo giuridico specifico per l’art. 66 co. 4 della l. 1.4.1981 n. 121 e per l’art. 1349 co. 2 COM sopra richiamati. La responsabilità dell’esecutore, dunque, si basa anche sull’assunto che egli possa e debba esercitare il dovere di disobbedienza nei confronti di un ordine criminale, confidando nella tutela garantita dai superiori, i quali, in posizione gerarchica sovraordinata rispetto al datore dell’ordine, sono investiti del compito di preservare la legalità dell’azione autoritativa. Ma laddove una simile possibilità venga meno, perché la deviazione criminale dell’apparato coinvolge i suoi stessi dirigenti, la pretesa che il subordinato, se consapevole di quanto accade, ricusi obbedienza a ordini non intrinsecamente criminali, è poggiata sul vuoto, perché l’intero quadro fisiologico di riferimento risulta scardinato e sconvolto.

“personalizzanti”. *De iure condendo*, quindi, è da valutare il modo entro cui poter dare sfogo a tale esigenza, magari attraverso l’introduzione di specifici fattori di mitigazione del trattamento sanzionatorio idonei a veicolare il “bisogno di pena” secondo canoni di proporzione, quale risvolto del principio di colpevolezza.

## IL NUOVO ASSETTO DEL SISTEMA PENALE TRIBUTARIO: UN'ANALISI DEL D.LGS. 14 GIUGNO 2024 N. 87

di Giorgio Ardizzone (*Dottorando in diritto penale, IUSS Pavia - Unitelma Sapienza*)

L'articolo analizza criticamente il d.lgs. 14 giugno 2024 n. 87, evidenziando l'impatto della riforma sul sistema penale tributario. La disamina si concentra sulla continua evoluzione normativa che ha caratterizzato il settore negli ultimi decenni, sottolineando come le riforme abbiano spesso riflettuto approcci opposti, dando vita a un quadro normativo complesso da decifrare e, a tratti, incoerente. Il decreto oggetto di commento riflette due approcci diversi ma complementari. Da un lato, si è infatti cercato di potenziare ulteriormente il lato "riscossivo" del diritto penale tributario, strumentalizzando la minaccia della pena per assicurare il gettito fiscale. Si inscrivono certamente nell'ambito di tale filone le modifiche ai delitti di omesso versamento e i nuovi, rimodulati effetti della rateizzazione o pagamento del debito tributario, improntati sempre più a un criterio di gradualità tale per cui, prima avviene l'accordo con l'Amministrazione Finanziaria, maggiori sono i benefici nell'ambito del procedimento penale. Dall'altro lato, si è cercato (non senza problematiche) di alimentare una contro-spinta liberale rispetto alle non poche innovazioni iper-repressive degli ultimi anni, rimodellando il doppio binario sanzionatorio e il sistema punitivo amministrativo, nonché tramite la tanto attesa codificazione della scusante della crisi di liquidità. Pur ridefinendo in questa condivisibile direzione i rapporti tra Fisco e contribuente, l'impressione generale è quella di un ordito normativo sul quale si dovrà nuovamente intervenire.

The article critically analyzes the D.lgs. June 14, 2024 No. 87, highlighting the reform's impact on the criminal tax system. The analysis focuses on the continuous regulatory evolution that has characterized the field in recent decades, emphasizing how reforms have often reflected opposing approaches, resulting in a regulatory framework that is complex to decipher and, at times, inconsistent. The decree under consideration reflects two different but complementary approaches. On the one hand, it sought to further adapt the system to the interest in tax collection by exploiting the threat of punishment to secure tax revenues. Certainly inscribed within this strand are the changes to the crimes of failure to pay and the new, remodeled effects of the installment or payment of tax debt, marked increasingly by a criterion of gradualness such that, the sooner the agreement with the tax authorities takes place, the greater the benefits within the criminal proceedings. On the other hand, an attempt has been made (not without issues) to nurture a liberal counter-push to the hyper-repressive innovations of recent years by reshaping the double-track and administrative punitive system, as well as through the long-awaited codification of the liquidity crisis as an excuse. While redefining the relationship between the IRS and the taxpayer in this desirable direction, the overall impression is that of a regulatory framework on which action will have to be taken again.

SOMMARIO: 1.– La legge di delega e la filosofia della riforma 2.– Le definizioni di crediti inesistenti e non spettanti 2.1– La nuova disciplina dell'*error iuris* sulla spettanza dei crediti 3.– La filosofia riscossiva: i nuovi delitti di omesso versamento 4.– Gli altri effetti della rateizzazione: la circostanza attenuante a effetto speciale... 4.1. – ...e la confisca 5.– Le indicazioni sull'applicazione dell'art. 131-*bis* Cp 6.– La non punibilità. La crisi di liquidità 6.1– Un possibile inquadramento dogmatico 7.– Cenni alle innovazioni al sistema sanzionatorio amministrativo 8.– Il «completo adeguamento al principio del *ne bis in idem*» 8.1– Le modifiche sul versante sostanziale 8.2– Le modifiche sul versante processuale 9.– Osservazioni conclusive.

1. L'avvicinarsi di interventi del Legislatore nel settore del diritto punitivo tributario è un *leitmotiv* cui il penalista è da tempo abituato<sup>1</sup>. Mutuando una felice espressione utilizzata con riferimento al sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, si può affermare di trovarsi di fronte un «cantiere permanente»<sup>2</sup>, nel quale quasi ogni legislatura degli ultimi vent'anni ha innovato sotto più profili. A complicare questo già intricato quadro, occorre poi sottolineare sin da subito che, com'è intuibile, le diverse riforme succedutesi hanno spesso avuto filosofie di fondo opposte. Nel tutto sommato coerente sistema delineato con l'entrata in vigore del d.lgs. 74/2000<sup>3</sup>, si è infatti progressivamente iniettata una dose sempre crescente di irragionevolezza sistematica, a cominciare dall'introduzione dei delitti di omesso versamento<sup>4</sup>. Le suggestioni del particolarismo<sup>5</sup> e la recente tendenza all'utilizzo del diritto penale quale strumento di lotta contro il (sempre nuovo) nemico individuato di volta in volta dalla politica<sup>6</sup> hanno infatti portato a numerose riforme nella direzione di una iper-afflittività dell'apparato sanzionatorio nel suo complesso, giustificato dietro veri e propri *slogan*, quali il redivivo «manette agli evasori»<sup>7</sup>, esemplare della filosofia che ha animato interventi anche recenti in tale settore<sup>8</sup>. A garantire la tenuta del sistema, tra una nuova incriminazione e un abbassamento delle soglie di punibilità, il Legislatore è pure intervenuto più volte sull'opposto versante, cercando di ricondurre il d.lgs. 74/2000 nell'ambito dei principi generali<sup>9</sup>, in un pericoloso tiro alla fune che rende concreto il rischio di disorientare l'interprete.

<sup>1</sup> Cfr. *ex multis* A. Perini, *La riforma dei reati tributari*, in *DPP*, 2016, 14; G. Flora, *La "tela di penelope" della legislazione penale tributaria*, in *RTDPE*, 2017, 3-4, 476 s. e A.M. Dell'Osso, *Corsi e ricorsi nel diritto penaltributario: spunti (critici) sul cd. decreto fiscale*, in *DPP*, 2020, 318 ss. Da ultimo, v. anche V. Mongillo, *Il "particolarismo" cangiante del diritto penale tributario: riflessioni introduttive sul d.lgs. 87/2024*, in *DPP*, 2024, 1558 ss.

<sup>2</sup> L'espressione è di V. Mongillo, *La legge "spazza-corrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel "cantiere permanente dell'anticorruzione"*, in *DPC*, 2019, 5, 231.

<sup>3</sup> Nella manualistica, per considerazioni analoghe v. A. Lanzi, P. Aldovrandi, *Diritto penale tributario*, Padova 2020, 61, E. Musco, F. Ardito, *Diritto penale tributario*, Bologna 2021, 19 ss.

<sup>4</sup> Come del resto rilevato già dai primissimi commentatori: v. P. Corso, *Costituisce nuovamente reato l'omesso versamento di ritenute*, in *CT*, 2005, 4, 264; E. Mastrogiacomo, *Il nuovo delitto di omesso versamento di ritenute certificate*, in *Il Fisco*, 2004, 1, 6713; M. Di Siena, *Note minime circa il delitto di omesso versamento di ritenute certificate*, in *Il Fisco*, 2005, 1, 6498.

<sup>5</sup> Sull'eccezionalità del sotto-sistema tributario influenzato da esigenze riconducibili alla ragion fiscale, v. già A. Malinverni, *Principi di diritto penale tributario*, Padova 1962, 58 ss., spec. 60. Più di recente, A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 1 ss.; A. Ingrassia, *L'intrepido e il parassita. Oggettivismo e soggettivismo nella recente "evoluzione" del diritto penale tributario*, in C. Piaggolini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano 2022, 1049 ss.

<sup>6</sup> Su tale utilizzo del diritto penale, v. M. Donini, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2007, 55 ss. Nell'ambito del diritto penale tributario, già G. Flora, *Le recenti modifiche in materia penale tributaria: nuove sperimentazioni del diritto penale del nemico?*, in *DPP*, 2012, 1, 16 s.; F. Consulich, *Il diritto di Cesare. Lo stato del diritto penale tributario al volgere del decennio*, in *RIDPP*, 2020, 3, 1355.

<sup>7</sup> Si tratta ovviamente dello slogan che aveva accompagnato la l. 516/1982. Per ulteriori riferimenti, v. A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, in C.F. Grosso, A. Pagliaro, T. Padovani (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano 2010, 60 ss.; A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 46 ss.; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 11 ss.

<sup>8</sup> Ci si riferisce soprattutto al d.l. 124/2019. In senso conforme, v. soprattutto G. Flora, *Dalla "spazza corrotti" alla "spazza evasori". Brevi note critiche sulle recenti innovazioni in materia di reati tributari*, in *RT*, 2020, 254; A. Ingrassia, *Incostituzionalità delle nuove fattispecie incriminatrici penal-tributarie*, in *www.sistemapenale.it*, 9.7.2020, 3; Id., *Il bastone (di cartapesta) e la carota (avvelenata): iniezioni di irrazionalità nel sistema tributario*, in *DPP*, 2020, 3, 309 ss. Più in generale, parla di «progressivo inasprimento della risposta penale» anche A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 5.

<sup>9</sup> In questo senso soprattutto il d.lgs. 158/2015. Così anche A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 64.

Non va poi sottaciuto come tale perenne ristrutturazione sia stata in qualche modo incoraggiata anche dalla spinta europea: la crescente attenzione alla tutela del bilancio dell'Unione e, di riflesso, al gettito delle imposte indirette ha infatti portato, tra le altre cose, all'introduzione della responsabilità da reato tributario degli enti, pure interessata dalla riforma in oggetto dal particolare angolo visuale dei cumuli punitivi<sup>10</sup>.

Da ultimo, il d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87 si iscrive tra gli interventi maggiormente a vocazione riscossiva del diritto penale tributario: le modifiche ai delitti di omesso versamento, gli altri effetti della rateizzazione e l'indicazione di speciali indici-criteri da valutare in modo prevalente per l'applicazione dell'art. 131-*bis* Cp, rendono evidente che il primo obiettivo perseguito dal Legislatore sia stato quello di integrare ancor di più il d.lgs. 74/2000 con la nota ragione fiscale<sup>11</sup>. Si tratta di un intento rinvenibile già nella legge di delega: traspare infatti sia dalla indicazione di coordinare il procedimento penale con l'effettiva durata dei piani di estinzione del debito tributario ai fini delle ipotesi di non punibilità sia, seppur con una lettura più elastica, dall'indicazione di «attribuire specifico rilievo alle definizioni raggiunte in sede amministrativa e giudiziaria ai fini della valutazione della rilevanza penale del fatto»<sup>12</sup>.

Ebbene, risulta davvero evidente la volontà di potenziare ulteriormente il “volto riscossivo” del d.lgs. 74/2000, già da tempo protagonista in tale settore. Se infatti dopo il 2015 aveva assunto importanza centrale l'estinzione del debito tributario quale “prezzo” (non troppo figurato) della non punibilità del contribuente, la “carta della non punibilità”<sup>13</sup> è stata nuovamente utilizzata sotto diversi versanti, tra cui spicca quello delle nuove condizioni obiettive dei delitti di omesso versamento, con il rischio di aggravare ulteriormente il generale disequilibrio tra coerenza del sistema penale ed esigenza di cassa, pure da tempo avvertito dalla dottrina<sup>14</sup>.

Nondimeno, la riforma qui commentata non si è limitata di certo a tali modifiche. Sotto il versante sanzionatorio, ha infatti introdotto numerose innovazioni a vocazione liberale, allontanandosi dunque dal modello punitivo iper-repressivo cui si è accennato in apertura. Il

<sup>10</sup> Per l'attenzione in prospettiva penalistica agli interessi finanziari dell'Unione, v. *ex multis* . E. Mezzetti, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Padova 1994; G. Grasso, *La protezione degli interessi finanziari comunitari nella prospettiva della formazione di un diritto penale europeo*, *Criminalia*, 2006, 93 ss.; C. Sotis, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano 2007, 77 ss.; nonché i diversi contributi nel volume G. Grasso, R. Sicurella, F. Bianco, V. Scalia (a cura di), *Tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, Pisa 2018. Sul versante giurisprudenziale, sono note le ripercussioni nel settore tributario della nota saga Taricco: v. per tutti i commenti contenuti in A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli 2017. *Amplius* sull'impatto del diritto europeo sulle sanzioni tributarie, non però dalla prospettiva delle diverse riforme, Fr. Mazzacuva, *I reati tributari nel contesto europeo*, in R. Bricchetti, P. Veneziani (a cura di), *I reati tributari*, in F. Palazzo, C. E. Paliero (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, XIII, Torino 2017, 159 ss.

<sup>11</sup> V. già F. Consulich, *op. cit.*, 1388, che parla di “asservimento alla ragion fiscale” con riferimento ai meccanismi di non punibilità nel sistema penale tributario.

<sup>12</sup> Cfr. art. 20, comma 1, lett. a) n. 3) e lett. b) n. 2) della l. 9 agosto 2023, n. 111. Per un commento alla legge di delega, v. P. Veneziani, *La legge delega per la riforma fiscale: una prima lettura dei profili penalistici*, in *SP*, 2023, 9, 23 ss.; G. Flora, *Profili penali della legge delega per la riforma fiscale*, in *DPP*, 2023, 11, 1413 ss.

<sup>13</sup> Cit. da F. Palazzo, *La non punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19.2.2019. Evidenzia la valenza riscossiva della riforma del 2015 anche S. Putinati, *Le circostanze speciali del reato tributario*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Milano 2019, 536.

<sup>14</sup> In questi termini già F. Consulich, *op. cit.*, 1397. Si tratta tuttavia di una questione su cui l'attenzione della dottrina penalistica si concentra da tempo: v. *ex multis* A. Perini, *Reati tributari (voce)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino 2016, 543 ss.; A. Ingrassia, *Ragione fiscale vs. “illecito penale personale”*, Sant'Arcangelo di Romagna 2016, 173 ss.; Id., *Circostanze e cause di non punibilità. La voluntary disclosure*, in R. Bricchetti, P. Veneziani (a cura di), *I reati tributari*, cit., 527 ss. V. pure P. Veneziani, *La legge delega per la riforma fiscale*, cit., 36 che lamenta come un sistema simile, improntato all'attesa della rateizzazione, ponga problemi di effettività del diritto penale.

riferimento è alla tanto attesa codificazione della crisi di liquidità, alla revisione del doppio binario tributario e al generale abbattimento delle cornici edittali delle sanzioni amministrative, per le quali pure è stata, sotto certi aspetti, revisionata la “parte generale”. Infine, è stato interessato dal decreto citato altresì il delitto di cui all’art. 10-*quater* d.lgs. 74/2000, per il tramite dell’introduzione di nuove norme definitorie delle due categorie di crediti – che dovrebbero coordinarsi con i paralleli illeciti amministrativi – e di una nuova clausola che esclude la punibilità in caso di incertezza circa la spettanza o meno del credito portato in compensazione.

A fronte delle non poche innovazioni, ai fini di una maggiore chiarezza espositiva, la trattazione si concentrerà dapprima su queste ultime modifiche, per poi analizzare gli aspetti in cui si è fatta maggiormente evidente la logica riscossiva della riforma, relativi ai ritocchi ai delitti di omesso versamento, alla confisca e all’art. 13-*bis*. Seguirà dunque un approfondimento sulle nuove ipotesi di non punibilità in senso lato, circa gli indici-criteri di cui tener conto in misura prevalente per l’applicazione dell’art. 131-*bis* e in merito alla positivizzazione della – come si vedrà – scusante della crisi di impresa. Da ultimo, prima di analizzare il nuovo equilibrio tra sanzioni amministrative e penali, si procederà a fornire una cursoria ricostruzione del nuovo sistema sanzionatorio tributario, largamente ritoccato dal d.lgs. 87/2024, per svolgere infine alcune considerazioni conclusive sulla riforma nel suo insieme.

2. Come si è dunque anticipato, l’art. 20, comma 1, lett. a) n. 5) della legge di delega aveva effettivamente imposto al Legislatore di introdurre una chiara distinzione tra crediti non spettanti e inesistenti, conformandosi agli orientamenti giurisprudenziali sul punto. Il compito, in verità, non era dei più semplici: sulla corretta definizione di tali elementi si è registrato più di un contrasto e, soprattutto, non vi è omogeneità di vedute tra le sezioni penali e la sezione tributaria della Cassazione<sup>15</sup>.

È noto infatti come, a partire dalla riforma del 2015, l’art. 10-*quater* citato preveda due fattispecie autonome<sup>16</sup>, differenziate tra loro in ragione della natura del credito che il contribuente fa valere in compensazione tramite la procedura – espressamente richiamata – prevista dall’art. 17 del d.lgs. 241/1997. Anche in ragione delle differenti cornici edittali – da sei mesi a due anni per i crediti “non spettanti” e da un anno e sei mesi a sei anni per quelli “inesistenti” – la distinzione tra le due categorie assume centrale importanza<sup>17</sup>.

In via di prima approssimazione, si è generalmente concordi nel ritenere che rientra nella prima fattispecie il credito che, pur sussistente, è insuscettibile di essere portato in compensazione tramite il modello F24 cui fa riferimento il d.lgs. 241/1997<sup>18</sup>. Coglie dunque nel segno

<sup>15</sup> V. *infra*, note 21 ss.

<sup>16</sup> Così A. Martini, *Frode, menzogna e disobbedienza. Volti nuovi e antichi del diritto penale tributario riformato*, in *LP*, 3.3.2016, 26; A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 525; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 362; E.M. Ambrosetti, *I reati tributari*, in E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell’impresa*, Bologna 2022, 504; G. Soana, *I reati tributari*, Milano 2023, 433; P. Bernazzani, *L’indebita compensazione*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Diritto penale dell’economia*, T. I, cit., 356.

<sup>17</sup> Negli stessi termini S. Buonocore, *I reati di indebita compensazione (art. 10-*quater* d.lgs. 74/2000): crediti inesistenti e crediti non spettanti nel sistema penale*, in *DPT*, 2023, 5, 1755 e 1758, che fa correttamente notare come dall’inquadramento nell’una o nell’altra fattispecie dipendano anche effetti processuali non trascurabili, come la possibilità di ricorrere alle intercettazioni telefoniche o di disporre misure cautelari. Peraltro, preme evidenziare che solo per i crediti non spettanti potrà valere la causa di non punibilità del pagamento del debito tributario *ex art.* 13.

<sup>18</sup> Nello stesso senso, A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 527; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 367 s.; G. Soana, *op. cit.*, 442 s.; P. Bernazzani, *op. cit.*, 369; S. Cavallini, *L’indebita compensazione*, in R. Bricchetti, P. Veneziani, *I reati tributari*, cit., 366. In senso parzialmente diverso, E.M. Ambrosetti, *op. cit.*, 505, che ritengono inesistente

l'osservazione per cui «a non spettare è la compensazione e non il credito»<sup>19</sup>, di cui ricorrono tutti gli elementi costitutivi. Sarebbe invece “inesistente” il credito per il quale tali presupposti manchino del tutto.

Questa apparentemente semplice linea di demarcazione è stata nondimeno messa in crisi dallo stesso Legislatore del 2015 che, oltre a “sdoppiare” in tal senso la fattispecie, ha modificato altresì la disciplina tributaria sottostante, introducendo una definizione di credito inesistente valida ai fini tributari. L'art. 13, comma 5, del d.lgs. 471/1997 anteriforma individuava due condizioni affinché potesse applicarsi la più severa sanzione amministrativa in caso di compensazione con tale tipologia di crediti: a) che ne mancassero i presupposti costitutivi e b) che tale inesistenza non fosse riscontrabile tramite i «controlli di cui agli artt. 36-*bis* e 36-*ter* del d.P.R. n. 600/1973 e all'art. 54-*bis* del d.P.R. n. 633/1972», ossia gli accertamenti automatici con cui l'Amministrazione Finanziaria corregge quanto indicato dal contribuente direttamente sulla base dei dati presenti in dichiarazione e nell'anagrafe tributaria. Perché dunque potesse ricorrere l'illecito amministrativo, la norma richiedeva un elemento ulteriore rispetto alla mera insussistenza del credito, ossia una particolare insidiosità della condotta, che avrebbe dovuto emergere dall'impossibilità per i controlli automatizzati di rilevare l'illiceità della compensazione<sup>20</sup>.

Tale ulteriore requisito è stato sostanzialmente ignorato dalla giurisprudenza della sezione penale della Cassazione: a parte una isolata pronuncia di segno contrario<sup>21</sup>, l'orientamento assolutamente prevalente ha inteso distinguere la nozione valida ai fini tributari da quella rilevante in sede penale<sup>22</sup>, con l'effetto di allargare le maglie del reato<sup>23</sup>. Soluzione, ci sembra, non del tutto coerente con la sistematica della riforma del 2015. In primo luogo, perché la definizione è stata inserita dallo stesso *corpus* normativo ove si è proceduto a riscrivere le fattispecie penali. In secondo luogo, perché il connotato fraudolento della condotta avrebbe giustificato meglio il severo trattamento sanzionatorio previsto dal secondo comma dell'art. 10-*quater* d.lgs. 74/2000. Infine, si sarebbe così evitata ogni incongruenza con i paralleli illeciti amministrativi.

Peraltro, preme rilevare come sulla distinzione tra crediti inesistenti e non spettanti siano emersi orientamenti diversi anche in seno alla giurisprudenza tributaria<sup>24</sup>. Le Sezioni Unite, intervenute di recente sul punto, hanno confermato la divergenza tra le nozioni valide agli effetti della legge penale e quelle rilevanti ai fini tributari, ritenendo in sintesi applicabile la

---

il credito fondato su documentazione ideologicamente o materialmente falsa e non spettante quello «male calcolato o comunque non correttamente portato in compensazione secondo la relativa disciplina».

<sup>19</sup> Cit. da S. Buonocore, *op. cit.*, 1768.

<sup>20</sup> Si tratta di una tesi sostenuta dalla stessa Agenzia delle Entrate: v. risoluzione n. 36/E/2018 che fa infatti riferimento a “comportamenti fraudolenti” e “crediti artatamente creati” ai fini della distinzione tra inesistenza e non spettanza. In senso adesivo, v. anche M. Basilavecchia, *Il trattamento sanzionatorio dell'indebita compensazione*, in *CT*, 2018, 2158 e P. Coppola, *La fattispecie dell'indebito utilizzo di crediti d'imposta inesistenti e non spettanti tra i disorientamenti di legittimità e prassi: la “zona grigia” da dipanare*, in *DPT*, 2021, 4, 1537. Proponeva una distinzione basata sulla fraudolenza anche S. Buonocore, *op. cit.*, 1775 s.

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. III, 21 gennaio 2022, n. 7613.

<sup>22</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. III, 16 giugno 2022, n. 23083; Cass. pen., Sez. III, 18 aprile 2023, n. 16353 con nota di C. Santoriello, *Reato di indebita compensazione: rilevanza penale differente tra crediti “inesistenti” e “non spettanti”*, in *Il Fisco*, 2023, 1881 ss; Cass. pen., Sez. III, 2 gennaio 2024, n. 6, sempre annotata da C. Santoriello, *Reato di indebita compensazione: non rileva la definizione di credito inesistente della normativa tributaria*, in *Il Fisco*, 2024, 575 ss. Per note critiche sul punto, v. già S. Buonocore, *op. cit.*, 1769 ss.

<sup>23</sup> Per una critica a tale orientamento, v. per tutti G. Soana, *op. cit.*, 445 ss.

<sup>24</sup> V. per l'orientamento maggioritario, Cass. civ., sez. trib., 16 novembre 2021, n. 34443, n. 34444, n. 34445. *Contra*, Cass. civ., sez. trib., 30 ottobre 2020, n. 24093; Cass. civ., sez. trib., 13 gennaio 2021, n. 354; Cass. civ., sez. trib., 5 novembre 2021, n. 31859. Sulla questione, già nell'ottica della legge di delega, G. Melis, *Le sanzioni amministrative tributarie nella legge di delega: questioni aperte e possibili soluzioni*, in *RT*, 2023, 513 ss.



sanzione amministrativa per compensazione con crediti inesistenti solo nel caso in cui l'illiceità dell'operazione sfugga ai controlli automatizzati<sup>25</sup>.

In questo obiettivamente frastagliato quadro giurisprudenziale, il d.lgs. 87/2024 ha abrogato la definizione fornita dall'art. 13, comma 5, citato, eliminando ogni riferimento a tali controlli, e ha provveduto a inserire le lettere *g-quater* e *g-quinquies* all'interno dell'art. 1 d.lgs. 74/2000, cui le nuove norme sanzionatorie amministrative, contestualmente introdotte, si riferiscono per rinvio. In tal modo, si dovrebbe essere scongiurato il rischio di una nuova divaricazione – effettivamente non desiderabile – tra la definizione rilevante in sede penale e quella tributaria. In particolare, la prima delle due disposizioni prevede che vada considerato “inesistente”: 1) il credito per cui mancano «in tutto o in parte, i requisiti oggettivi o soggettivi specificamente indicati nella disciplina normativa di riferimento»; 2) quello per cui «i requisiti oggettivi e soggettivi di cui al numero 1) sono oggetto di rappresentazioni fraudolente, attuate con documenti materialmente o ideologicamente falsi, simulazioni o artifici». In tal modo sembra essere stato recepito l'orientamento prevalente in seno alla Cassazione penale: ai fini dell'operatività del primo comma dell'art. 10-*quater* citato, sono infatti parificati i crediti insussistenti a quelli – sembra dire la nuova norma – la cui insussistenza è occultata in modo fraudolento. Verrebbe dunque da dubitare circa l'utilità della seconda definizione, evidentemente ricompresa nella prima. La distinzione si può spiegare solo facendo riferimento ai nuovi illeciti amministrativi, che hanno un trattamento sanzionatorio differenziato a seconda che il credito sia semplicemente insussistente ovvero caratterizzato dalla frode descritta dalla nuova lett. *g-quater*, n. 2). L'art. 13, commi 5 e 5-*bis*, d.lgs. 471/1997 prevede infatti la sanzione pari al settanta per cento del credito nella prima ipotesi, con un aumento dalla metà al doppio in caso di insidiosità della condotta. Se dunque vi è una coincidenza tra i comportamenti penalmente rilevanti e quelli che integrano l'illecito tributario, la sanzione amministrativa risulta meglio graduata, prevedendo un trattamento peggiore per la condotta maggiormente offensiva. Ebbene, sarebbe stato opportuno replicare uno schema simile anche per la sanzione penale, evitando così di parificare indebitamente la pena per condotte connotate da diverso disvalore.

Con riferimento alla definizione di nuovo conio di credito “non spettante”, questa ricalca in gran parte quella fornita dalla giurisprudenza prevalente cui si è accennato: si fa infatti riferimento ai crediti esistenti ma non utilizzabili in compensazione e quindi «fruits in violazione delle modalità di utilizzo» o «in misura superiore a quella stabilita dalle norme di riferimento» e a quelli che, pur sussistenti, «sono fondati su fatti non rientranti nella disciplina attribuita del credito per difetto di ulteriori elementi o particolari qualità richiesti ai fini del» suo riconoscimento. Quest'ultima definizione non è di semplice interpretazione e rischia di far riaffiorare dubbi circa il corretto incasellamento del credito in una delle due categorie: se è inesistente il diritto per cui mancano, anche in parte, gli elementi costitutivi, risulta difficile individuare la linea di demarcazione rispetto a quello per cui mancano «elementi o qualità richiesti ai fini del suo riconoscimento».

Merita poi attenzione anche l'ultima definizione di non spettanza prevista dalla norma citata: convergono in tale categoria anche «i crediti utilizzati in difetto dei prescritti adempimenti amministrativi espressamente previsti a pena di decadenza»; laddove invece i termini della procedura non osservati siano ordinatori, sono previste solo sanzioni amministrative<sup>26</sup>. La distinzione è apprezzabile sotto il profilo della ragionevolezza dell'incriminazione, da tempo censurata poiché posta, sostanzialmente, a tutela della mera violazione della procedura piuttosto che degli interessi sostanziali dell'Erario, con un chiaro elemento di distonia rispetto

<sup>25</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 11 dicembre 2023, n. 34452, par. 17 e 19.2.

<sup>26</sup> Cfr. art. 13, commi 4-*bis* e 4-*ter*, d.lgs. 471/1997 come modificati dalla riforma.

al sistema del d.lgs. 74/2000<sup>27</sup>. Così facendo, infatti, si espunge quantomeno dall'ambito applicativo del delitto la mera violazione dei termini non previsti a pena di decadenza, sanzionata solo in via amministrativa in linea con il principio di sussidiarietà. È pur vero che, volendo portare avanti tale tesi, sarebbe da rimettere in discussione l'intera rilevanza penale della compensazione di crediti "non spettanti"<sup>28</sup>; nondimeno, la legge di delega non permetteva una simile soluzione.

2.1 Sempre con riferimento alla fattispecie di indebita compensazione con crediti non spettanti, è stato invece introdotto un nuovo comma 2-*bis* nell'art. 10-*quater*, che «esclude la punibilità dell'agente [...] quando, anche per la natura tecnica delle valutazioni, sussistono condizioni di obiettiva incertezza in ordine agli specifici elementi o alle particolari qualità che fondano la spettanza del credito». La norma necessita evidentemente di essere coordinata con l'art. 15 d.lgs. 74/2000 che, come noto, pone una disciplina particolare in tema di *error iuris*, coincidente in gran parte con la definizione fornita dalla nuova norma.

La prima differenza evidente tra le due disposizioni è rinvenibile nell'assenza della clausola di riserva all'interno del nuovo comma dell'art. 10-*quater*. È noto che l'inciso «al di fuori dei casi in cui la punibilità è esclusa a norma dell'articolo 47, terzo comma, del codice penale» contenuto nell'art. 15 citato sia stato inserito dal Legislatore del 2000 con un fine preciso. Si è voluto infatti superare l'interpretazione maturata sotto la vigenza dell'art. 8 l. 516/1982, privo di tale clausola e reputato un inutile "doppione" dell'art. 47 Cp<sup>29</sup> e ridurre così l'ambito applicativo delle incriminazioni estendendo al contempo l'area di rilevanza dell'errore sul precetto oltre gli angusti limiti fissati dall'art. 5 Cp così come interpretato dalla nota sentenza 364/1988 della Corte costituzionale<sup>30</sup>. Inoltre, così facendo, si è altresì allineata la normativa penale con quella amministrativa, che già contemplava una clausola simile all'art. 6 d.lgs. 472/1997.

La ragione di una simile previsione sta nel particolarismo che connota la materia: innestandosi la disciplina sanzionatoria su un reticolo normativo magmatico e non sempre cristallino, si è

<sup>27</sup> Così anche A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 529; S. Cavallini, *op. cit.*, 368; A. Ingrassia, *Ragione fiscale vs. "illecito penale personale"*, cit., 137.

<sup>28</sup> Così infatti P. Veneziani, *La legge delega per la riforma fiscale*, cit., 46.

<sup>29</sup> Riferimenti in A. Giudici, sub art. 10-*quater*, in E. Dolcini, G. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato, Leggi complementari, T. IV*, Milano 2021, 2007 s.; E.M. Ambrosetti, *op. cit.*, 438; A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 244 ss.; P. Patrono, *Problematiche attuali dell'errore nel diritto penale dell'economia*, in *RTDPE*, 1988, 87 ss.; nonché G. Flora, *Verso una interpretazione abrogatrice della norma sull'errore di diritto nei reati tributari (art. 8 l. n. 512 del 1982)*, in *RTDPE*, 1988, 205 s.; Id., voce *Errore*, in *Dig. disc. pen.*, Torino 1990, critico sull'interpretazione richiamata fornita dalla giurisprudenza, che già riteneva di assegnare efficacia esimente agli errori sul precetto nella materia tributaria in virtù di tale clausola. In senso diverso v. però M. Donini, *Errore sul fatto ed errore sul divieto nello specchio del diritto penale tributario*, in *IP*, 1989, 147 s. Per un esame degli orientamenti giurisprudenziali del tempo, v. anche A. Melchionda, *Colpevolezza ed errore nell'attuale sistema di diritto penale tributario*, in *DPT*, 1988, 588 ss.

<sup>30</sup> Sul punto c'è una generale unità di vedute: cfr. già A. Traversi, sub *Art. 15*, in I. Caraccioli, A. Giarda, A. Lanzi (a cura di), *Diritto e procedura penale tributaria*, Padova 2001, 432; V. Manes, *Le violazioni da "obiettiva incertezza" e l'errore nel sistema dei reati tributari*, in *RTDPE*, 2001, 492; G. Flora, *Errore, tentativo, concorso di persone e di reati nella nuova disciplina dei reati tributari*, in *RIDPP*, 2001, 699, anche con riferimento alla differenza con la previgente disciplina. Più di recente, v. anche M. Lanzi, *La disciplina dell'error iuris nel diritto penale tributario*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *Diritto penale dell'economia*, cit., 580; In relazione all'errore sul precetto nel diritto penale tributario all'indomani della storica sentenza citata, cfr. A. Malinverni, *L'"inevitabilità dell'errore"*, in A.M. Stile (a cura di) *Principio di colpevolezza e responsabilità oggettiva*, Napoli 1989, 199 ss. Circa il controverso confine tra errore sul precetto ed errore di diritto extra-penale escludente il dolo, anche per i dovuti riferimenti bibliografici, cfr. D. Pulitanò, voce *Ignoranza della legge (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XX, 1970, 23 ss.; M. Romano, sub *Art. 47, Commentario sistematico al codice penale*, Milano 2012, 495 ss.

avvertita l'esigenza di fornire un'interpretazione più larga dell'errore sul precetto, specificando al contempo che laddove l'errore cada su una norma extra-penale non integratrice continua ad applicarsi l'art. 47, terzo comma, Cp, evidentemente reputato già idoneo ad assolvere la funzione esimente perseguita del Legislatore<sup>31</sup>.

Si è quindi generalmente concordi nell'affermare che la disposizione già contemplata all'interno del decreto si presenti come speciale rispetto all'art. 5 Cp, assegnando efficacia scusante a qualcosa di più della drastica "ignoranza inevitabile" della norma integratrice del precetto penale<sup>32</sup>. Laddove però si tratti di definire con maggiore chiarezza dove finisca l'ambito applicativo della disposizione codicistica e dove inizino a venire in rilievo le "condizioni di obiettiva incertezza", non sembra esserci unità di vedute tra gli interpreti. L'orientamento prevalente si affida infatti a una valutazione casistica<sup>33</sup>, mentre altri distinguono tra "oscurità assoluta" e "relativa", intendendosi come tale la situazione in cui sono prospettabili diverse interpretazioni del dettato normativo, tutte egualmente valide anche all'esito di uno sforzo esegetico, di talché l'errore di diritto, più che essere inevitabile, sarebbe solo probabile<sup>34</sup>.

Ora, un primo punto fermo circa la corretta esegesi della nuova disposizione sta certamente nella sua collocazione sistematica in ordine ai rapporti con le altre norme dell'ordinamento in tema di *error iuris*. È chiaro infatti che l'assenza della clausola di riserva non deve far dubitare circa il carattere di norma speciale rispetto all'art. 5 Cp, facendo in ogni caso salva l'applicazione dell'art. 47, terzo comma, Cp. Invero, la diversa lettura di norma "doppione" rispetto a quest'ultima disposizione, in modo simile a quanto avvenuto sotto la vigenza dell'art. 8 d.l. 516/1982, difficilmente si concilierebbe con la sistematica della materia. Da un lato,

<sup>31</sup> Così già P. Aldovrandi, *Commento all'art. 15 d.lgs. n. 74/2000*, in A. Lanzi (a cura di), *Diritto Penale dell'economia. Commentario*, Roma 2016, 288; E.M. Ambrosetti, *op. cit.*, 438. V. però anche A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 255 ss., per cui la clausola *de qua* non «regolerebbe affatto una un'ipotesi di errore [...] ma piuttosto attribuirebbe rilievo a una circostanza obiettiva, che pur potendo rappresentare la presumibile causa di un errore, assume rilievo indipendentemente dall'esistenza dell'effetto sul quadro di rappresentazione psichica del soggetto agente». In ogni caso, che le norme tributarie siano integratrici del precetto è pacifico in giurisprudenza; del resto, la soluzione è conforme con l'interpretazione rigorosa che è solita fare dell'art. 47 Cp: cfr. Cass. pen., Sez. III, 13 luglio 2017, n. 44293 e precedenti ivi citati. Sul punto, v. i recenti lavori di M. Lanzi, *Error iuris e giustizia penale*, Torino 2018, 311 ss.; Id., *L'errore di diritto nel sistema penale tributario. Dubbi esegetici, "interpretazione ragionevole" e affermazione della culpa iuris*, in *RDT*, 2024, che sottolinea criticamente come la Cassazione sia comunque incline a disapplicare anche l'art. 15 d.lgs. 74/2000. Critiche sul punto anche le posizioni di F. Consulich, *op. cit.*, 1399, che propone infatti una norma di parte generale del sotto-sistema tributario che qualifichi espressamente la disciplina di settore come non integrativa del precetto penale, di modo da poter fare affidamento sul 47 Cp. Più in generale sulla conoscibilità delle norme in settori caratterizzati da alto tasso di tecnicismo quale pre-requisito del giudizio di colpevolezza, cfr., con ampi riferimenti bibliografici, R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 163 ss.; A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, spec. 230 ss.; Id., *L'errore*, in A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri, (a cura di), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, T. I, Milano, 2016, 255 ss., nonché, con riferimento all'ignoranza del precetto, M. Romano, sub *Art. 5, Commentario sistematico al codice penale*, cit., 113 s.

<sup>32</sup> Nel senso appunto che l'art. 15 allargherebbe le maglie della non punibilità rispetto all'art. 5 Cp, v. V. Manes, *op. cit.*, 494; A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 100 s.; A. Giudici, *op. cit.*, 2008; E. Musco, *voce Reati tributari*, in *Enc. Dir., Annali*, I, 2007, 1058. In giurisprudenza, anche Cass. pen., Sez. III, 8 aprile 2019, n. 23810. Cfr. anche M. Lanzi, *La disciplina dell'error iuris nel diritto penale tributario*, cit., 583 ss., che osserva però come la formula "condizioni obiettive di incertezza" non sarebbe in realtà interpretata diversamente dalla giurisprudenza rispetto alla "oscurità assoluta" del dettato normativo che fonderebbe la non punibilità *ex art. 5 Cp* così come inciso dalla nota sent. 364/1988 della Corte cost. Di conseguenza, conclude l'A., l'art. 15 non aggiungerebbe nulla alla disciplina dell'*error iuris* codicistica.

<sup>33</sup> V. E. Musco, *op. cit.*, 1058; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 51; A. Giudici, *op. cit.*, 2009 s.

<sup>34</sup> Così M. Lanzi, *error iuris e sistema penale*, cit., 338; Id., *La disciplina dell'error iuris nel diritto penale tributario*, cit., 584.

infatti, non si vede perché solo le norme sulla spettanza dei crediti dovrebbero avere un trattamento peggiore sotto questo versante rispetto alla restante normativa tributaria di riferimento; dall'altro lato, risulterebbe poco coerente con lo spirito della riforma, che ha certamente voluto ampliare l'efficacia scusante dell'*error iuris* con riferimento a tale fattispecie.

In questa prospettiva, è nondimeno censurabile il mancato coordinamento all'interno del nuovo testo normativo con la disposizione generale dell'art. 15 d.lgs. 74/2000. L'oggetto "dell'obiettiva incertezza" richiamato dalla norma – elementi o qualità che fondano la spettanza dei crediti – è infatti riconducibile alla "portata e ambito di applicazione" delle norme tributarie cui fa riferimento l'art. 15 citato, di talché, anche in assenza di tale novella, si sarebbe dovuti comunque pervenire alla conclusione della non punibilità per tali fatti secondo i principi generali<sup>35</sup>.

Allo stesso modo, difficilmente si potrebbe far leva sulla locuzione "anche per la natura tecnica delle valutazioni", assente nell'art. 15, per ritagliare un ambito applicativo autonomo al nuovo comma 2-*bis*: è chiaro infatti che il tasso di tecnicismo valutativo cui l'inciso fa riferimento, e che potrebbe fondare l'incertezza circa la corretta interpretazione della normativa tributaria, è ricompreso anche nella norma generale, anche se non vi è citato espressamente.

Non potendo dunque fare leva né sull'assenza della clausola di riserva né sull'oggetto delle condizioni di obiettiva incertezza cui la nuova norma rimanda, occorre giocoforza concludere che il Legislatore abbia semplicemente inteso rafforzare la disciplina dell'errore sulla spettanza dei crediti, sottolineando tuttavia un aspetto cui si sarebbe già dovuti giungere in via interpretativa. Paradossalmente, sembra supportare questa soluzione la stessa relazione illustrativa al decreto, laddove laconicamente afferma che la clausola di nuovo conio «non interferisce con l'art. 15 d.lgs. 74/2000 né con i principi stabiliti in relazione all'art. 5 c.p. dalla nota sentenza 364/1988 della Corte costituzionale» ma si limita piuttosto a «stabilire una regola di giudizio che è mera espressione di specificazione del canone *in dubio pro reo*»<sup>36</sup>.

3. Passando ora alle modifiche ai delitti di omesso versamento, meritano di essere sottolineate tre diverse innovazioni.

Per quanto riguarda l'art. 10-*bis*, è stata innanzi tutto recepita la recente sentenza della Corte costituzionale ed espunto il riferimento alle ritenute dovute sulla base della sola dichiarazione di sostituto d'imposta, aggiunto dal d.lgs. 158/2015 in eccesso di delega<sup>37</sup>. Continuano dunque ad avere rilevanza penale solamente i mancati versamenti delle ritenute risultanti dalla

<sup>35</sup> Si discute se l'art. 15 d.lgs. 74/2000 abbia fondamento oggettivo (perché ancorato a condizioni di incertezza fattuali sull'applicazione delle norme) o soggettivo (perché inciderebbe sulla rimproverabilità del fatto all'agente non in grado di conoscere correttamente la disciplina tributaria): cfr. V. Manes, *op. cit.*, 503; E. Musco, *op. cit.*, 1058; M. Lanzi, *La disciplina dell'error iuris nel diritto penale tributario*, cit., 584; A. Giudici, *op. cit.*, 2009; A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 255. Le due possibili interpretazioni sono ovviamente riproducibili *in toto* anche per la clausola di cui al nuovo comma 2-*bis* dell'art. 10-*quater* d.lgs. 74/2000.

<sup>36</sup> Così la Relazione illustrativa al decreto 87/2024, 3.

<sup>37</sup> Cfr. Corte cost. 14 luglio 2022, n. 175, annotata tra gli altri da A. Ingrassia, *La Corte costituzionale riscrive il delitto di omesso versamento delle ritenute per garantire la riserva di legge: le prospettive di un paradosso solo apparente*, in *RIDPP*, 2022, 3, 1300 ss.; G. Ingraio, *Omesso versamento delle ritenute Irpef: è ipotizzabile una modifica normativa che dia esclusivo rilievo alle ritenute scomputabili dal sostituto?*, in *GC*, 2022, 4, 1996 ss.; M. Di Siena, *La Corte costituzionale e l'omesso versamento di ritenute*, in *GC*, 2022, 5, 2363 ss. Esito questo in realtà paevantabile da tempo: v. infatti i rilievi di A. Ingrassia, *reati del sostituto d'imposta dopo la revisione del sistema penale tributario tra scelte d'incriminazione irragionevole ed eccessi di delega*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 2 febbraio 2016, spec. par. 5.1, che già all'indomani della modifica normativa rilevava come sarebbe intervenuta sul punto la Consulta. *Contra*, v. pure S. Gianoncelli, *Omesso versamento di ritenute dichiarate: incostituzionalità del "nuovo" reato per eccesso di delega e violazione del principio di ragionevolezza?*, in *RDT*, 2022, 3, 44.

certificazione rilasciata ai sostituiti e non quelli visibili dalla mera dichiarazione di sostituto d'imposta ove manchi la documentazione della ritenuta effettuata. La storia legislativa della disposizione dovrebbe altresì scongiurare il ritorno in auge dell'orientamento giurisprudenziale maturato prima del 2015, che tendeva ad attrarre nell'orbita del delitto *de quo* anche gli omessi versamenti risultanti dalle sole dichiarazioni<sup>38</sup>: se non altro, l'incostituzionalità della disposizione così modificata impone infatti una diversa lettura.

Che non si tratti di una soluzione ottimale è ben noto: è già stato sottolineato come il disvalore del fatto non risieda nel certificare o meno la somma trattenuta ma, piuttosto, nell'inadempimento dell'obbligo fiscale<sup>39</sup>. Avrebbe dunque maggiormente senso dare rilievo alle ritenute dichiarate idonee a far sorgere il diritto alla detrazione in capo al sostituto, a prescindere dalla loro certificazione, anche per evitare che l'adempimento di un dovere – come è quello di certificare i trattenimenti – diventi il *discrimen* circa la rilevanza penale o meno della condotta. L'alternativa sarebbe invece abrogare integralmente la fattispecie, da sempre additata come un “corpo estraneo” all'interno del d.lgs. 74/2000, priva di connotati fraudolenti e posta a presidio, appunto, del mero inadempimento<sup>40</sup>. Nondimeno, la legge di delega non permetteva tali alternative, così che ci si è opportunamente limitati a eliminare il riferimento alla dichiarazione, anche per non incorrere nuovamente nel vizio che la Consulta aveva appena censurato.

Comuni invece anche al delitto di omesso versamento IVA sono le due ulteriori e rilevanti modifiche introdotte con l'art. 1, comma 1, lett. b) e c) del d.lgs. 87/2024. È stato in primo luogo spostato in avanti il momento consumativo dei due reati: per entrambe le incriminazioni, l'inadempimento assume oggi rilevanza penale dopo il 31 dicembre dell'anno successivo a quello in cui è stata presentata la dichiarazione annuale IVA o di sostituto d'imposta. Si tratta di un differimento rilevante: per il delitto di cui all'art. 10-*bis*, l'omissione diventava punibile allo scadere del termine per la presentazione della dichiarazione, ossia il 31 ottobre dell'anno successivo a quello di riferimento<sup>41</sup>. Di conseguenza, laddove le ritenute siano state effettuate nell'anno 2023, il contribuente avrebbe comunque avuto tempo fino al 31 ottobre 2024 per versare quanto dovuto. La modifica normativa ha invece allungato oltremodo il tempo a disposizione per porre in essere il versamento, prendendo come riferimento l'anno successivo non all'effettuazione delle ritenute ma alla presentazione della dichiarazione, di modo che il delitto potrà oggi dirsi consumato solo al 31 dicembre 2025<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. III, 6 marzo 2014, n. 20778. Per una critica a tale orientamento, v. per tutti A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 487 s.

<sup>39</sup> Per tutti A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 484 ss., che pure si preoccupano di sottolineare come non sia dirimente l'affermazione per cui il rilascio delle ritenute, facendo sorgere il diritto alla detrazione in caso al sostituto, crei un danno all'Amministrazione Finanziaria più meritevole di sanzione penale rispetto alle ritenute risultanti dalla sola dichiarazione di sostituto d'imposta. Evidenzia l'irragionevolezza dell'attuale previsione anche G. Ingraio, *op. cit.*, 2003 s.

<sup>40</sup> Cfr., *ex multis*, A. Ingrassia, *Parzialmente incostituzionale l'omesso versamento IVA: un'incriminazione da ripensare?*, in *Le Società*, 2014, 1392 e 1396 s.; A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 578 s., con riferimento in particolare all'assenza del dolo di specifico di evasione; G. Flora, *Il legislatore penale tributario a lezione di ragionevolezza dalla Corte costituzionale*, in *DPP*, 2014, 710; A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 481 e 502, E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 333 s., cui *adde* i riferimenti già citati in nota 4.

<sup>41</sup> Cfr. art. 4, comma 4-*bis*, d.P.R. 22 luglio 1998, n. 322.

<sup>42</sup> In dottrina si è sostanzialmente concordi circa la natura istantanea del delitto, anche se vi è diversità di vedute circa la qualifica di reato omissivo proprio ovvero a condotta mista. Per la prima tesi, v. E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 340; E.M. Ambrosetti, *op. cit.*, 499; G. Soana, *op. cit.*, 372; A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 591. Propendono invece per la seconda, A. Perini, *Diritto penale tributario*, in A. Cianci, A. Perini, C. Santoriello (a cura di), *La disciplina penale dell'economia*, T. II, Torino 2008, 162 e A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 484, che pure però riconoscono come il disvalore della condotta si concentri sul momento omissivo.

Discorso analogo vale per la fattispecie relativa alle imposte indirette. Il termine rilevante anteriforma, che la norma individuava con una formula in verità non cristallina nell'ultimo giorno a disposizione per il «versamento dell'acconto relativo al periodo d'imposta successivo», era generalmente individuato nel 27 dicembre dell'anno successivo a quello di riferimento<sup>43</sup>, stesso anno in cui deve essere presentata la dichiarazione annuale, con termine fissato al 30 aprile<sup>44</sup>. Di conseguenza, se prima il contribuente aveva circa otto mesi per versare quanto dovuto al fine di evitare che l'omissione assumesse rilevanza penale, si ha oggi circa un anno in più per adempiere all'obbligazione tributaria.

Con riferimento agli effetti intertemporali, in assenza di specifiche previsioni all'interno del d.lgs. 87/2024, il raccordo con la disciplina tributaria richiamata impone dunque di non ritenere ancora consumati i delitti di omesso versamento i cui termini sarebbero scaduti, rispettivamente, il 31 ottobre e il 27 dicembre 2023. L'entrata in vigore della nuova formulazione della norma, coerentemente con i principi generali, dovrebbe permettere infatti di saldare il proprio debito col Fisco entro la fine del 2024. In ogni caso, la questione sembra avere poca rilevanza pratica: considerato che il pagamento intervenuto prima dell'apertura del dibattimento opera come causa di non punibilità per i suddetti reati, l'effetto dell'avvenuto versamento sarebbe comunque quello di ritenere l'agente non punibile, o per l'operatività dell'art. 13 d.lgs. 74/2000, o *ex art.* 2 c.p.

L'allungamento dei tempi così descritto è altresì funzionale al meccanismo di rateizzazione del debito così come modificato dalla riforma. L'art. 3-*bis*, comma 2-*bis*, del d.lgs. 462/1997 permette infatti al contribuente di “sfuggire” alla sanzione penale in prossimità della scadenza dei nuovi termini: gli esiti dei controlli automatizzati relativi alle dichiarazioni devono infatti essergli comunicati entro il 30 settembre dell'anno successivo a quello della loro presentazione; se entro il 31 dicembre viene pagata la prima rata del debito tributario, non si avvera quella che la relazione illustrativa definisce perentoriamente “condizione obiettiva”<sup>45</sup>, per cui non sorgerebbe la punibilità per i delitti citati se la somma dovuta al fisco è in corso di estinzione mediante rateizzazione. Allo stesso modo, la decadenza dal beneficio, alle condizioni fissate dall'art. 15-*ter* d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, contestualmente modificato, rende il fatto punibile quando sia superata la soglia per il debito residuo, differentemente modulata a seconda della fattispecie di riferimento.

È allora chiaro che il differimento della consumazione dei delitti non sia stato funzionale solamente a concedere più tempo al contribuente, ma sia servito soprattutto all'operare della condizione obiettiva. Se infatti occorre attendere l'esito dei controlli automatizzati per ricorrere al meccanismo di rateizzazione citato, doveva necessariamente prendersi come riferimento l'anno successivo non al periodo d'imposta ma alla presentazione della dichiarazione, sulla quale operano detti controlli<sup>46</sup>.

È appena il caso di sottolineare come le citate modifiche – marcata estensione del tempo per adempiere e possibilità di pagare ratealmente per non far sorgere la punibilità – riassumano a pieno l'anima della riforma che si è cercato di tratteggiare in apertura, soprattutto se lette in

---

<sup>43</sup> Cfr. art. 6, comma 2, l. n. 405/1990. In dottrina, concordi sul punto A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 505 s.; G. Soana, *op. cit.*, 414 s.; E.M. Ambrosetti, *op. cit.*, 506; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 354. Nello stesso senso, già Circolare dell'Agenzia delle Entrate, 4 agosto 2006, n. 28/E. Per considerazioni critiche sul punto, v. però anche A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 611 s.

<sup>44</sup> Così art. 8, comma 1, d.P.R. 22 luglio 1998, n. 322 per l'IVA dovuta a decorrere dal 2017. Con riferimento a queste modifiche, v. anche A. Ingrassia, *Tra il dire e il fare: le modifiche del c.d. decreto sanzioni ai reati di omesso versamento e di indebita compensazione*, in *DPP*, 2024, 1568 ss.

<sup>45</sup> Cfr. Relazione illustrativa al decreto, p. 3.

<sup>46</sup> *Amplius* sul punto, nella prospettiva tributaria, v. per tutti G. Melis, *Manuale di diritto tributario*, Torino 2024, 303 ss.

combinato disposto con le altre innovazioni relative alla non punibilità e alla disciplina della crisi di impresa. Da un lato, infatti, il Legislatore pare mostrare un atteggiamento di apertura verso il contribuente, cercando di delineare un sistema penal-tributario più liberale e, in definitiva, più tollerante soprattutto verso le offese caratterizzate dall'assenza di connotati fraudolenti<sup>47</sup>; dall'altro lato, è evidente la spinta riscossiva che caratterizza simili modifiche, per cui la sanzione penale diventa sempre più lo strumento per assicurare forzatamente il pagamento del tributo. Il meccanismo delineato dalla riforma è infatti senza dubbio improntato al criterio di gradualità<sup>48</sup>, per cui il versamento di quanto dovuto – comprensivo di interessi e, soprattutto, sanzione amministrativa, cui è in definitiva affidata la tenuta del sistema in prospettiva general-preventiva<sup>49</sup> – ha effetti tanto più favorevoli quanto prima interviene: l'attivazione del meccanismo di rateizzazione richiamato impedisce infatti il sorgere della punibilità per i delitti citati; l'estinzione del debito prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, allo stesso modo, li rende non punibili; ove invece il pagamento intervenga entro la chiusura di tale fase del procedimento, si applica la circostanza attenuante a effetto speciale di cui all'art. 13-*bis*, il cui termine ultimo di operatività è stato spostato in avanti dalla stessa riforma proprio per garantire tale coerenza sistematica.

Indubbiamente, i riflessi di favore sul lato penalistico della definizione della propria posizione tributaria contribuiscono a rendere il sistema più tollerabile in concreto<sup>50</sup>. Nondimeno, non sembrano allo stesso tempo del tutto infondati i rilievi critici della dottrina in merito a una simile strumentalizzazione dello *ius terribile* e alle possibili iniquità che potrebbero sorgere per chi non ha i mezzi per far fronte ai pagamenti richiesti<sup>51</sup>.

Da ultimo, occorre soffermarsi sulla natura giuridica della mancata attivazione del meccanismo di rateizzazione, indicata, come si è accennato, come condizione obiettiva di punibilità poiché, sostiene la relazione illustrativa, costituirebbe la «manifestazione inequivoca della volontà del contribuente di sottrarsi, sin da principio, al pagamento dell'obbligazione tributaria, da ritenersi integrata allorquando, all'atto della consumazione del reato», non sia stata fatta domanda in tal senso ovvero si sia decaduti dal beneficio<sup>52</sup>. Si tratta, a ben vedere, di una contraddizione in cui cade il Legislatore.

Infatti, delle due l'una: o la clausola esprime una mera indicazione del bisogno di pena, risolvendosi in una valutazione sull'opportunità o meno della punizione<sup>53</sup>, ovvero, come

<sup>47</sup> Così anche G. Flora, *Profili penali della legge delega per la riforma fiscale*, cit., 1417.

<sup>48</sup> Con riferimento alla disciplina anteriforma, era critico sulla sua effettiva implementazione S. Cavallini, *La non punibilità nel prisma del diritto penale tributario: coerenza o lassismo di sistema?*, in *DPC*, 2020, 3, 264 e 271 s.

<sup>49</sup> Così A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 121. Già all'indomani dell'introduzione della causa di non punibilità, v. pure le considerazioni di G. Melis, *La nuova disciplina degli effetti penali del debito tributario*, in *RT*, 2016, 3, 589 ss. spec. 608. In senso critico anche E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 68, con riferimento però alla deroga al principio di specialità infra-sistematico e al pagamento fondante la circostanza attenuante a effetto speciale.

<sup>50</sup> Volendosi limitare alle fattispecie astratte, il sistema sanzionatorio potrebbe sembrare iper-afflittivo, anche in virtù della compresenza di sanzioni di diversa natura: non a caso, gli artt. 13 e 13-*bis* sono stati indicati dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità come norme in grado di assicurare in astratto un trattamento sanzionatorio complessivo proporzionato al disvalore del fatto, almeno prima della modifica del doppio binario di cui si darà conto *infra*, spec. nota 168.

<sup>51</sup> V. *supra* nota 11.

<sup>52</sup> Cfr. Relazione illustrativa al decreto, 3.

<sup>53</sup> Che tale sia il profilo di indagine è assodato: cfr. G. Vassalli, *voce Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, 1960, 617; F. Bricola, *voce Punibilità (Condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. It.*, Vol. XIV, Torino 1967, 588; F. Ramacci, *Le condizioni obiettive di punibilità*, Napoli 1971, 205; G. Ruggiero, *voce Punibilità*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXVII, 1988, 1131; M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *RIDPP*, 1990, 60; Id., *sub Art. 44 c.p.*, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., 477 s. e, da ultimo, P. Veneziani, *La punibilità*, in P. Veneziani, A. Cristillo (a cura di), *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del*

sembra ammettere la relazione citata, spiega i suoi effetti sul piano degli elementi costitutivi dell'illecito, di modo che la mancata rateizzazione delle somme dovute, esplicativa della volontà di non pagare il Fisco, debba a sua volta essere attratta nel fuoco del dolo, quale parte del fatto tipico<sup>54</sup>. La scelta tra queste due opzioni, che si inserisce nel noto dibattito sulle condizioni obiettive<sup>55</sup>, non sembra essere completamente scontata. Da un lato, è vero che la stessa relazione riconduce la clausola *de qua* all'art. 44 Cp, e lo stesso sembra potersi desumere dalla sua formulazione letterale<sup>56</sup>. Dall'altro lato, la giustificazione sul piano politico-criminale non sembra supportare a pieno tale tesi: se infatti si prende come riferimento il pagamento rateale quale indizio della non volontarietà dell'adempimento, è lo stesso omesso versamento a non risultare integrato sul piano soggettivo, per difetto del dolo<sup>57</sup>.

È dunque difficile sostenere la natura di condizione obiettiva partendo dalla relazione illustrativa: bisognerebbe infatti affermare che il Legislatore ha inteso dire che ritiene opportuna la pena solamente nei casi in cui l'inadempimento sia intenzionale, poiché non è stata fatta domanda di rateazione; conclusione ovviamente non percorribile, poiché la volontarietà dell'omissione è elemento costitutivo del reato.

Piuttosto, se si vuole inquadrare l'inciso nell'ambito della categoria disciplinata dall'art. 44 Cp, occorre evitare di leggere il ricorso al meccanismo di cui all'art. 3-*bis* d.lgs. 462/1997 quale elemento indiziario del dolo e ritenere che l'opportunità della punizione sia ancora una volta motivata da esigenza di cassa, in armonia con lo spirito della riforma. In altri termini, il bisogno di pena cui è agganciata la natura di condizione obiettiva sarebbe rinvenibile nella mancata attivazione del contribuente per iniziare a regolarizzare la propria posizione, in modo speculare alla *ratio* dell'art. 13 d.lgs. 74/2000, per cui il pagamento fonderebbe la non punibilità proprio per ragioni politico-criminali<sup>58</sup>. Così facendo, si potrebbe sostenere che il Legislatore rinunci a

---

*reato*, in C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, Milano 2014, 284; F. Palazzo, *La non punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, cit., par. 2. *Contra*, G. Cocco, *Punibilità quarto elemento del reato*, Padova 2017, 18 ss.; Id., *Gli istituti della punibilità quale quarto elemento del reato e la cd. giustizia riparativa*, in G. Cocco, E.M. Ambrosetti (a cura di), *Trattato breve di diritto penale. Punibilità e pene*, Padova 2022, 92 ss. spec. 95, che è critico sulla relazione tra punibilità e ragioni di opportunità politico-criminali.

<sup>54</sup> È vero che, secondo la ricostruzione di parte della dottrina, sarebbe possibile anche una terza opzione: qualificando la condizione *de qua* come intrinseca, e legandola al volto costituzionale del principio di colpevolezza, si potrebbe sostenere che la mancata attivazione del meccanismo di rateizzazione dovrebbe poter essere rimproverato al contribuente almeno a titolo di colpa, così forgiando una terza via tra imputazione obiettiva della condizione e attrazione dell'evento ivi descritto all'interno del fatto di reato, per cui sarebbe ovviamente necessario il dolo. Per una ricostruzione simile in relazione all'intera categoria dogmatica, v. già subito dopo le sentenze della Corte costituzionale 364/1988 e 1085/1988, F. Angioni, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, in *RIDPP*, 1989, 1447 ss., spec. 1498 e P. Veneziani, *Spunti per una teoria del reato condizionato*, Padova 1992, 2 e 6 ss. Più di recente, Id., *La punibilità*, cit., 280 ss. e D. Falcinelli, *Le soglie di non punibilità tra fatto e definizione normo-culturale*, Torino 2007, 15 ss.

<sup>55</sup> La letteratura sul punto è sterminata e ha radice, come si intuisce, nella imputazione obiettiva della condizione, da sempre in tensione, come si è accennato, col principio di colpevolezza: senza pretesa di esaustività, cfr. P. Curatola, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. Dir.*, Vol. VIII, Milano 1961, 807 ss.; G. Neppi Modona, voce *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. Giur.*, VII, 1988, 1 ss.; M. Zanotti, voce *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. X, Torino 1995, 536 ss.; P. Veneziani, *Spunti per una teoria del reato condizionato*, cit.; Id., *La punibilità*, cit., 279 ss.; F. Angioni, *op. cit.*, 1440 ss.; V. Mormando, *L'evoluzione storico-dogmatica delle condizioni obiettive di punibilità*, *RIDPP*, 1996, 610 ss.

<sup>56</sup> V. però i rilievi già di F. Bricola, *op. cit.*, 598 ss. per cui tali argomenti non sarebbero affatto decisive: l'A. arriva infatti a ravvisare nell'intero ordinamento solamente una condizione obiettiva nella sentenza dichiarativa di fallimento per il delitto di bancarotta prefallimentare.

<sup>57</sup> Si tratta di una questione che, per certi aspetti, riproduce il dibattito in merito alla nuova esimente della crisi di liquidità. *Amplius*, v. par. 6.1.

<sup>58</sup> V. *supra*, note 4 e 40. V. anche la diversa opinione di A. Ingrassia, *Tra il dire e il fare: le modifiche del c.d. decreto sanzioni ai reati di omesso versamento e di indebita compensazione*, cit., 1570, che ritiene si tratti di una



punire un fatto già carico di disvalore e meritevole di sanzione penale<sup>59</sup> per motivi prettamente economici. Insomma, così come l'avvenuto pagamento dell'imposta evasa, comprensiva di sanzioni e interessi, è pacificamente ricondotto alla categoria della non punibilità<sup>60</sup>, allo stesso modo dovrebbe avvenire con la clausola citata.

Questa impostazione – certamente aderente alla lettera della legge e, probabilmente, alle stesse intenzioni del Legislatore – rischia però di confliggere con la natura dei delitti di omesso versamento, il cui disvalore si incentra proprio sul mero inadempimento del soggetto attivo, come più volte sottolineato. È dunque arduo rinvenire l'opportunità della pena nel persistere della stessa inosservanza che fonda l'incriminazione e giustifica, in definitiva, l'intervento penale. Seguendo dunque questo diverso orientamento, per potersi muovere un rimprovero al contribuente occorrerà che anche la mancata rateizzazione del debito sia coperta dal dolo di omesso versamento, perdendo così la sua natura *obiettiva* che la relazione illustrativa prova a sostenere.

4. Come poi si è accennato, lo stesso criterio della legge delega che imponeva di adeguare i profili premiali del sistema all'effettiva durata dei piani di estinzione dei debiti tributari ha ispirato altresì ulteriori modifiche all'art. 12-*bis* d.lgs. 74/2000, relative alla confisca del profitto, ad alcuni degli speciali indici-criteri circa l'applicazione dell'art. 131-*bis* Cp inseriti all'interno dell'art. 13 e alla circostanza attenuante a effetto speciale di cui all'art. 13-*bis*.

Partendo da queste ultime innovazioni, si è già detto che il d.lgs. 87/2024 ha spostato in avanti il termine per fruire dell'attenuante citata. Se infatti prima il pagamento doveva avvenire entro l'apertura del dibattimento di primo grado, sovrapponendosi quindi a quanto previsto per la causa di non punibilità, oggi il contribuente può versare quanto dovuto fino alla dichiarazione di chiusura di tale fase processuale, rafforzando così l'aspetto graduale della premialità che si è sopra rimarcato e permettendo di giovare dello sconto di pena anche per i delitti di omesso versamento e indebita compensazione per crediti non spettanti, prima interessati unicamente dall'art. 13, primo comma<sup>61</sup>.

Per quanto riguarda il coordinamento con il meccanismo estintivo del debito, si è scelto di differenziare il regime applicabile a seconda che a venire in rilievo sia la causa di non punibilità ovvero l'art. 13-*bis*. Per la prima, infatti, continua a trovare applicazione la disciplina anteriforma: ove sia stata avviata la procedura di rateizzazione, il procedimento penale può essere sospeso per un periodo massimo di sei mesi, comprensivo di proroghe. Ora, potendosi arrivare fino a venti rate trimestrali secondo le norme tributarie<sup>62</sup>, è chiaro che un simile meccanismo si rivela inefficace laddove al contribuente manchino più di due rate<sup>63</sup>. Tale situazione è stata anche oggetto di scrutinio da parte della Corte costituzionale, che ha però sempre ribadito come, trattandosi di una causa di non punibilità in senso stretto, il Legislatore

---

causa sopravvenuta di non punibilità. Considerate però le modifiche alla procedura tributaria che impongono di comunicare gli esiti dei controlli automatizzati in tempo utile per attivare la rateizzazione, non sembra che la condotta riparativa del contribuente possa essere posta in essere successivamente al termine di rilevanza penale dell'omissione.

<sup>59</sup> Sulla differenza meritevolezza e bisogno di pena, v. per tutti M. Romano, “Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato, in *RIDPP*, 1992, 32 s. e bibliografia ivi citata; nonché, C.E. Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *RIDPP*, 1990, 461 ss.; Id., *Il mercato della penalità*, Milano 2021, 4 ss.

<sup>60</sup> Nella manualistica, A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 119; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 61; E.M. Ambrosetti, *op. cit.*, 507; G. Soana, *op. cit.*, 563.

<sup>61</sup> Cfr. A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 128, anche per ulteriori riferimenti. In senso contrario, v. però E.M. Ambrosetti, *op. cit.*, 512.

<sup>62</sup> Cfr. il già citato art. 3-*bis*, comma 1, d.lgs. 462/1997.

<sup>63</sup> Situazione evidenziata anche da A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 123; G. Soana, *op. cit.*, 573 s.; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 63 ss., nota 73.

gode di uno spazio di discrezionalità non sindacabile in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate, dichiarando inammissibili le censure proposte alla norma citata<sup>64</sup>.

Ebbene, la riforma ha confermato tale meccanismo, differenziandolo però da quello attivabile per giovare della circostanza attenuante: in quest'ipotesi, infatti, la nuova formulazione dell'art. 13-*bis* permette, in caso di rateizzazione del debito tributario «a seguito delle procedure conciliative e di adesione all'accertamento», di sospendere il procedimento penale fino a un anno<sup>65</sup>. Decorso tale termine, il tenore letterale della disposizione sembra comunque obbligare il giudice a mantenere la sospensione per ulteriori tre mesi in caso di comunicazione dell'Agenzia delle Entrate circa la regolarità dei pagamenti; l'ulteriore proroga, sempre trimestrale, è invece facoltativa. Coerentemente con le modifiche apportate ai delitti di omesso versamento, è altresì previsto che la decadenza dal beneficio comporti la revoca della sospensione.

Sul punto, emerge *ictu oculi* un ingiustificato disallineamento tra le due discipline. Non si comprende infatti perché per l'operare della causa di non punibilità – che avrebbe dunque una più marcata efficacia riscossiva, vista anche la maggiore qualità del “premio” che si promette al contribuente – sia possibile una sospensione massima di sei mesi, mentre si possa arrivare fino a un anno e mezzo per assicurare lo sconto di pena previsto dall'art. 13-*bis*<sup>66</sup>. Il mutato quadro normativo si espone quindi, sotto questo versante, a una irragionevolezza sistematica, che ben potrebbe essere censurata dalla Corte costituzionale proprio con riferimento all'art. 3 Cost.

In secondo luogo, occorre altresì notare come la norma non faccia riferimento al ravvedimento operoso, invece richiamato dall'art. 13, riproponendo dunque le stesse problematiche poste sotto la vigenza della norma anteriforma<sup>67</sup>. Anche in questo caso, sarebbe dunque stato preferibile allineare esplicitamente gli strumenti deflattivi del contenzioso tributario suscettibili di acquistare efficacia in questa prospettiva, fugando così ogni dubbio sulla possibilità di valorizzare il meccanismo previsto dall'art. 13 d.lgs. 472/1997 ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante.

<sup>64</sup> Cfr. Corte cost. 8 novembre 2017, n. 256 e Corte cost., 20 febbraio 2019, n. 170. V. sul punto S. Finocchiaro, *La nuova causa di non punibilità per estinzione del debito tributario posta al vaglio della Corte costituzionale da un'ordinanza del Tribunale di Treviso*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 4.4.2016 a commento della prima ordinanza di rinvio.

<sup>65</sup> Peraltro, l'art. 1, comma 6, d.lgs. 87/2024 ha cura di specificare che risulta valida ai fini della disposizione *de qua* (nonché della confisca) anche la rateizzazione disposta ai sensi dell'articolo 1, commi da 174 a 178 della legge 29 dicembre 2022, n. 197 (c.d. Ravvedimento speciale).

<sup>66</sup> E appena il caso di sottolineare come un coordinamento “totale” con la disciplina tributaria avrebbe dovuto comportare una sospensione del procedimento fino a cinque anni, opzione evidentemente non percorribile per motivi di ragionevole durata del processo. Sotto questo versante, v. infatti le critiche di G.L. Gatta, *“Tregua fiscale” e nuova causa di non punibilità dei reati tributari attivabile fino al giudizio d'appello. E il PNRR?*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12.4.2023, par. 1 e 5 alla particolare causa di non punibilità prevista dall'art. 23 d.l. 30 marzo 2023, n. 34, che non prevede un termine massimo di sospensione.

<sup>67</sup> Il tenore letterale dell'art. 13-*bis* fa infatti riferimento alle «procedure conciliative e di adesione all'accertamento», diversamente dalla causa di non punibilità che espressamente prevede anche il ravvedimento operoso quale istituto deflattivo suscettibile di acquistare rilievo in ottica penalistica. Tale circostanza era stata ben evidenziata già sotto la vigenza dell'originario art. 13, da E. Mastrogiacomo, *Commento all'art. 13*, in I. Caraccioli, A. Giarda, A. Lanzi (a cura di), *Diritto e procedura penale tributaria*, cit., 401 ss. e aveva dunque portato a dubitare circa la rilevanza di quest'ultimo meccanismo per l'operare della circostanza attenuante. La dottrina prevalente ritiene comunque utilizzabile anche il ravvedimento operoso: cfr. A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 129; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 67 s.; A. Perini, *voce Reati tributari*, cit., 559. In chiave critica, v. anche F. Bellagamba, *Il ravvedimento operoso nella nuova disciplina dei reati tributari: tra buone intenzioni ed imperfezioni tecniche*, in *DPP*, 2016, 2, 242 ss. Per una panoramica degli strumenti deflattivi valorizzabili in prospettiva penale, cfr. G. Soana, *op. cit.*, 570 ss.

Infine, le modifiche intervenute sul comma 2 dell'art. 13-*bis* non mutano la particolare disciplina del patteggiamento per i reati tributari<sup>68</sup>, limitandosi a riformulare la norma coerentemente con il rinnovato quadro normativo.

4.1 Per quanto riguarda invece la confisca, i medesimi criteri di delega sopra citati hanno portato alla riformulazione del comma 2 dell'art. 12-*bis*. Si tratta, in verità, di una lettura ampia di tali indicazioni: l'art. 20, comma 1, lett. a), n. 3) l. 111/2023 fa infatti espresso riferimento ai «profili sostanziali e processuali connessi alle ipotesi di non punibilità e di applicazione delle circostanze attenuanti». Risulta dunque arduo ricomprendervi anche la delega per le modifiche alla misura ablativa citata, che dovranno perciò necessariamente discendere dalla formula – invero, quasi in bianco – di cui alla lett. b), n. 2) della legge citata, che permetteva di intervenire, come si è visto, per «attribuire specifico rilievo alle definizioni raggiunte in sede amministrativa e giudiziaria ai fini della valutazione della rilevanza penale del fatto».

Ora, è noto che la disciplina della confisca per i reati tributari abbia nel tempo subito una notevole evoluzione, in linea con la rinnovata attenzione per l'istituto citato quale perno del sistema di contrasto alla criminalità economica<sup>69</sup>. L'intervento del Legislatore si è concentrato però unicamente sulla problematica relativa alla possibilità di disporre la misura ablativa, in via cautelare, in caso di pagamento già avvenuto o in corso di rateizzazione. Si tratta di un tema da tempo oggetto di riflessione, che si è sviluppato a partire da un orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione maturato prima del citato d.lgs. 158/2015. In particolare, anche in assenza di disposizioni in tal senso, i giudici di legittimità erano già pervenuti alla conclusione per cui l'istituto in parola non si sarebbe dovuto applicare per le somme già restituite al Fisco, coerentemente con il principio generale per cui, se la confisca mira a ripristinare lo *status quo ante delictum*, laddove il contribuente abbia già provveduto in tal senso un'ulteriore ablazione patrimoniale realizzerebbe un'ingiustificata duplicazione punitiva<sup>70</sup>.

La riforma del 2015, cui si è più volte accennato, nel recepire tale indirizzo ermeneutico ha provato maldestramente ad allargarne le maglie, prevedendo che l'istituto non operi per la parte che il soggetto attivo «si impegna a restituire all'Erario»<sup>71</sup>. La conseguenza di tale modifica normativa è stata dunque un'interpretazione giurisprudenziale volta a limitarne la portata. Si è

<sup>68</sup> Sulle problematiche che tale disciplina pone, v. già A. Ingrassia, *Circostanze e cause di non punibilità. La voluntary disclosure*, cit., 529; S. Putinati, *Le circostanze speciali del reato tributario*, cit., 540 s.; A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 130 ss.; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 68, nota 85.

<sup>69</sup> In tal senso v. per tutti A. Alessandri, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. III, Milano 2006, 2107 ss.; A. Alessandri, S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, Vol. I, Torino 2018, 32 ss. e bibliografia ivi citata. Sulle diverse problematiche dell'istituto in relazione ai reati tributari, v. A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 273 ss.; G. Soana, *op. cit.*, 679; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 99 ss.; E.M. Ambrosetti, *op. cit.*, 444 ss.; D. Fondaroli, *Tassazione versus sequestro e confisca dei proventi da reato*, in R. Borsari (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, Padova 2013, 267 ss.; M. Lanzi, *La confisca diretta e di valore nei reati tributari: riflessioni e questioni aperte*, in *IP*, 2014, 167 ss.; M. Romano, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *RIDPP*, 2015, 1674 ss.; R. Guerini, *L'evoluzione della confisca nei reati tributari*, in A. Cadoppi, P. Veneziani, P. Aldovrandi, S. Putinati (a cura di), *Legalità e diritto penale dell'economia. Studi in onore di Alessio Lanzi*, Napoli 2020, 411 ss.; nonché V. Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *RIDPP*, 2015, 2, 716 ss. relativamente al risparmio d'imposta come oggetto confiscabile.

<sup>70</sup> Così Cass. pen., Sez. III, 12.7.2012, n. 46726; Cass. pen., Sez. III, 15.4.2015, n. 20877. A commento di tale orientamento, v. anche G. Soana, *Confisca per equivalente e sopravvenuto pagamento del debito tributario*, in *RT*, 2012, 546 ss.; A. Martini, *Frode, menzogna e disobbedienza*, cit., 28.

<sup>71</sup> Nel senso che la norma sarebbe funzionale a far prevalere gli interessi dell'Erario sulle esigenze proprie del processo penale, v. in chiave critica S. Finocchiaro, *L'impegno a pagare il debito tributario e i suoi effetti su confisca e sequestro*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 14.12.2015, 4; R. Guerini, *op. cit.*, 416.

infatti richiesto, da un lato, che fosse prodotto un impegno formale tra contribuente e Amministrazione Finanziaria dal quale risulti un accordo già accettato dal Fisco circa il versamento periodico delle somme dovute<sup>72</sup>; dall'altro lato, è sempre stato abbastanza pacifico che la disposizione richiamata andasse letta nel senso che la confisca può comunque essere disposta con la sentenza di condanna ma, come risulta dal tenore letterale della legge, «non opera», ossia non sarebbe produttiva di effetti fintantoché il contribuente risulti in regola con i pagamenti<sup>73</sup>. In tal modo, si dotava di una peculiare efficacia sospensiva il provvedimento del giudice, volto a evitare vuoti di tutela: se infatti la confisca non avesse potuto essere disposta *tout court*, al mancato pagamento successivo alla fine del processo penale sarebbe seguito un serio pregiudizio per le ragioni del Fisco.

L'esito di tale approdo ermeneutico è stato dunque la sostanziale inosservanza del secondo comma dell'art. 12-*bis* nella fase cautelare<sup>74</sup>: l'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità ha infatti sempre ritenuto che il sequestro vada comunque disposto anche in presenza di un impegno formale, sulla base della generale disposizione *ex* 321, comma 2, Cpp, che consente al pubblico ministero di richiedere tale misura laddove sia consentito disporre la confisca; se poi interviene l'integrale pagamento, la somma oggetto della misura cautelare potrà essere restituita all'imputato<sup>75</sup>.

Ebbene, a fronte di questo quadro applicativo dell'istituto, la volontà della riforma era dunque quella di anticipare alla fase cautelare gli approdi interpretativi raggiunti in merito all'operatività della misura definitiva: da qui la riformulazione del comma citato nel senso che (non la confisca ma) il sequestro non opera se «il debito tributario è in corso di estinzione mediante rateizzazione, anche a seguito di procedure conciliative o di accertamento con adesione, sempre che, in detti casi, il contribuente risulti in regola con i relativi pagamenti»<sup>76</sup>. La disposizione recepisce quindi, da un lato, la necessità della formalità dell'impegno; dall'altro lato, si pone in netta contrapposizione con l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità sopra richiamato in merito all'operatività dell'art. 12-*bis* in fase cautelare.

Tale intento ci pare condivisibile: è noto infatti che le misure di questo tenore hanno la funzione di assicurare l'utilità che si potrebbe ottenere all'esito del procedimento, secondo il generale principio di strumentalità; non potendosi disporre la confisca “operativa” all'esito del processo penale, *a fortiori* non si dovrebbe poterla disporre in via cautelare<sup>77</sup>. Al più, si sarebbe dovuto prevedere una norma che permettesse, appunto, di disporre un sequestro preventivo dall'efficacia condizionata<sup>78</sup>.

<sup>72</sup> Cass. pen., Sez. III, 2.11.2019, n. 6249; Cass. pen., Sez. III, 10.5.2018, n. 46974; Cass. pen., Sez. III, 14.1.2016, n. 5728.

<sup>73</sup> Interpretazione pacifica a partire da Cass. pen., Sez. III, 14.1.2016, n. 5728, cit. Tra le pronunce più recenti, v. Cass. pen., Sez. III, 6.7.2021, n. 32897; Cass. pen., Sez. III, 5.4.2023, n. 14286. Sul punto, già R. Guerini, *op. cit.*, 420 ss.; G. Soana, *I reati tributari*, cit., 720 s.; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 115 s.; E.M. Ambrosetti, *op. cit.*, 448, nota 152.

<sup>74</sup> Così anche G. Soana, *I reati tributari*, cit., 721. In giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. III, 14.1.2016, n. 5728, cit. e le altre pronunce citate *infra*, nota 78.

<sup>75</sup> V. anche G. Soana, *I reati tributari*, cit., 722; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 116, che ritengono applicabile l'art. 85 disp. att. Cpp per procedere al pagamento del debito tributario con le somme oggetto di sequestro.

<sup>76</sup> Appare appena il caso di notare come la formulazione letterale della norma, che fa riferimento alla rateizzazione *anche* tramite procedure conciliative e accertamento con adesione, permetta di ricomprendere tutti gli strumenti deflattivi della normativa tributaria anche non espressamente richiamati.

<sup>77</sup> Per tali principi generali, v. per tutti P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova 1936, 21.

<sup>78</sup> Conclusione cui infatti era arrivata una parte della giurisprudenza di legittimità: Cfr. Cass. pen., Sez. III, 6.7.2021, n. 32897; nel senso invece che il sequestro dovrebbe essere semplicemente ridotto al seguito dei pagamenti rateali – realizzandosi così una “provvisoria” duplicazione sanzionatoria – Cass. pen., Sez. III, 5.4.2023, n. 14286; Cass. pen., Sez. III, 23.10.2019, n. 47837.

Nondimeno, le eccezioni poste dallo stesso Legislatore a tale regola la rendono di difficile applicazione pratica. L'impossibilità di disporre il sequestro è infatti prevista «salvo che sussista il concreto pericolo di dispersione della garanzia patrimoniale, desumibile dalle condizioni reddituali, patrimoniali o finanziarie del reo, tenuto altresì conto della gravità del reato».

L'inciso è alquanto problematico: la norma sembra far riferimento al *periculum in mora* – che, vale la pena ricordare, è presupposto applicativo dell'istituto cautelare<sup>79</sup> – quale circostanza che consentirebbe l'ablazione patrimoniale anche in caso di debito tributario in corso di rateizzazione. Si tratta però di un'evidente contraddizione: se il requisito richiamato non ricorresse, non potrebbe infatti essere disposto il sequestro preventivo a prescindere dal ricorso o meno del contribuente agli strumenti deflattivi richiamati dalla normativa tributaria. Di conseguenza, un'interpretazione letterale della norma la renderebbe sostanzialmente ineffettiva. È anzi possibile leggere tale innovazione in senso opposto rispetto alla volontà che ha ispirato la riforma, essendo ora permesso di disporre non solo il sequestro ma anche la confisca “operativa”, essendo venuto meno il richiamo espresso a tale istituto nell'art. 12-*bis*. Insomma, se la *voluntas legis* voleva coniare una norma che sterilizzasse l'interpretazione invalsa in seno alla Corte di legittimità sancendo la generale impossibilità di disporre già il sequestro preventivo in presenza di un accordo tra Fisco e contribuente, il prodotto legislativo sembra andare nella direzione opposta, concretizzandosi in una regola di fatto inapplicabile salvo interpretazioni *contra legem* e permettendo finanche un'applicazione più rigorosa della misura ablativa<sup>80</sup>.

L'unico modo per uscire dall'*impasse* è infatti quello di fare ricorso al precedente orientamento della Cassazione, formatosi in assenza dell'art. 12-*bis* d.lgs. 74/2000 e che la riforma del 2015 aveva inteso recepire, per cui la confisca non può operare per i versamenti già effettuati all'Erario, sulla base dei principi generali<sup>81</sup>. Si tratta quindi di un passo indietro rispetto alla strada intrapresa dal Legislatore. Nondimeno, la formulazione letterale del nuovo comma 2-*bis* sembra non lasciare altra alternativa: non si può infatti né differenziare il *periculum in mora* dal concreto pericolo di dispersione delle garanzie patrimoniali né adottare un'interpretazione abrogatrice dell'inciso con cui si apre la nuova norma senza tradirne vistosamente il tenore letterale. Non resta quindi che confidare nella prassi giurisprudenziale per evitare che la riforma si risolva in un lasciapassare per consentire l'ablazione – invero *sine titulo* – di somme già versate.

5. Venendo ora alle modifiche intervenute sull'art. 13 d.lgs. 74/2000, la definizione della propria posizione sul versante tributario ha trovato riconoscimento anche nella codificazione di alcuni indici-criteri speciali in merito all'applicazione dell'art. 131-*bis* Cp ai reati tributari<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> Per tutte, Cass. pen., Sez. Un., 11.10.2021, n. 36959. Nella manualistica, P. Tonini, C. Conti, *Manuale di procedura penale*, Milano 2023, 537 ss.

<sup>80</sup> Arriva alle medesime conclusioni E. Penco, *Il nuovo assetto della premialità penale-tributaria e l'efficacia esimente della crisi di liquidità: il d.lgs. 87 del 2024 tra esigenze riscossive e istanze di equità*, in *DPP*, 2024, 1584 s. Infatti, per una prima applicazione pratica, v. Cass. pen., Sez. III, 20.6.2024, n. 35339.

<sup>81</sup> V. *supra* nota 70.

<sup>82</sup> In generale sulla causa di non punibilità, v. C.F. Grosso, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *DPP*, 2015, 517 ss.; R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto*, *ivi*, 659 ss.; G. De Francesco, *La particolare tenuità del fatto*, in *Criminalia*, 2015, 199 ss.; G. Amarelli, voce *Particolare tenuità del fatto (diritto penale)*, in *Enc. Dir., Annali X*, 2017, 557 ss.; A. Gullo, sub *Art. 131-bis*, in E. Dolcini, G. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, T. I, Milano 2021, 1973 ss. Più di recente, A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto: una figura sotto assedio*, in *AP*, 2021, 1 ss.; M. Romano, *Non punibilità, estinzione del reato, riforma Cartabia*, in *RIDPP*, 2024, 2, 439 ss.

In prima battuta, occorre rilevare che tali indicazioni debbano essere valutate dal giudice «in modo prevalente», senza dunque che perda del tutto rilievo il giudizio di tenuità del fatto in base agli usuali criteri. Nondimeno, coerentemente con il particolarismo che connota la materia, si è voluto porre l'accento su alcuni dei fattori tipici del sotto-sistema anche per l'operatività della disposizione generale richiamata, costruendo così una *species* tributaria del generale “tipo bagatellare” previsto dal codice penale<sup>83</sup>. In ogni caso, posta la centralità dei nuovi parametri, gli ulteriori indici contemplati dall'art. 131-*bis* Cp dovrebbero rimanere oggetto della valutazione del giudice, anche considerata l'interpretazione comune della norma “gemella” in materia di false comunicazioni sociali<sup>84</sup>. Non dovrebbe quindi essere possibile affermare la tenuità del fatto in presenza dei soli criteri di nuovo conio.

Le lett. b) e c) del nuovo comma 3-*ter* dell'art. 13 impongono dunque di prendere in considerazione l'avvenuto pagamento integrale di quanto dovuto al Fisco secondo l'accordo formalizzato con l'Amministrazione Finanziaria o, laddove il debito sia ancora in corso la rateizzazione, l'entità dell'ammontare residuo, ovviamente al di fuori delle ipotesi in cui tali versamenti operino come causa di non punibilità o, di converso, impediscano il verificarsi della condizione obiettiva sopra richiamata. L'ambito applicativo della nuova disposizione comprende dunque anche i versamenti avvenuti oltre i limiti temporali già scanditi dagli artt. 13 e 13-*bis*<sup>85</sup>. In tal modo, si rafforza ulteriormente la gradualità del meccanismo riscossivo tratteggiato, assegnando efficacia anche ai pagamenti effettuati “fuori termine”. Nondimeno, resta inteso che gli effetti premiali a essi ricollegati sono conseguentemente attenuati: la causa di non punibilità e la circostanza attenuante operano infatti oggettivamente, essendo preclusa qualsivoglia attività valutativa del giudice sull'entità dell'offesa o sulla personalità del reo. Al contrario, dovendo tali indici essere presi in considerazione per l'applicazione dell'art. 131-*bis* Cp, residua sempre un margine di discrezionalità piuttosto ampio, che rende preferibile, in ottica di strategia processuale, puntare sulla “certezza” delle clausole richiamate piuttosto che scommettere sull'operatività della disposizione codicistica.

Si giustifica così il fatto che il versamento integrale avvenuto entro la chiusura del dibattimento opera come attenuante a effetto speciale, mentre quello compiuto successivamente può fondare la non punibilità. Se infatti la maggiore premialità connessa all'istituto citato rispetto alla circostanza a effetto speciale può apparire *prima facie* come un elemento di distonia rispetto alla gradualità del sistema, la necessaria sussistenza di altre circostanze per la valutazione della

<sup>83</sup> Il riferimento è ovviamente a C.E. Paliero, “Minima non curat praetor”. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, 627 ss., nonché, proprio con riferimento al 131-*bis* c.p., Id., “Principio di esiguità”, e *deflazione penale: la ricetta italiana del “tipo bagatellare”*, in *RIDPP*, 2023, 2, 537.

<sup>84</sup> Cfr. art. 2621-*ter* CC. La norma è stata oggetto di numerose critiche per l'indeterminatezza della locuzione “in modo prevalente” e, soprattutto, per l'estraneità del criterio indicato (l'eventuale danno cagionato alla società, soci o creditori) al fatto tipico di false comunicazioni sociali: cfr. S. Seminara, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *DPP*, 2015, 7, 820 s.; M. Gambardella, *Il ritorno del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *CP*, 2015, 1728 s.; F. Mucciarelli, *Le nuove false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *DPC*, 2015, 2, 186 s. Se il linguaggio legislativo è rimasto lo stesso, non sembra però che possano qui riprodursi anche le critiche relative agli indici da valutare in modo prevalente: come si vedrà *infra*, si tratta infatti di criteri che attengono alla tipicità delle offese tributarie e che sono stati in larga parte recepiti dall'interpretazione giurisprudenziale prevalente (come l'entità dello scostamento dalla soglia di punibilità) o che fanno comunque riferimento a una situazione di rimproverabilità attenuata (come la crisi di impresa), senza dunque costringere il giudice a prendere in considerazione un evento estraneo al fatto tipico come avviene in materia di false comunicazioni sociali.

<sup>85</sup> Si è fatto finora riferimento ai soli delitti di omesso versamento e indebita compensazione: resta inteso che, per i reati tributari connotati da frodolenza – esclusa la compensazione con crediti inesistenti – e gli altri delitti dichiarativi, per la non punibilità opera il ben più rigoroso limite temporale fissato dall'art. 13, comma 2.

tenuità dell'offesa e la fisiologica discrezionalità che connota l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. giustificano, in definitiva, tale sfasatura.

Inoltre, per quanto attiene ai rapporti con la norma generale, ci sembra che tali indici possano essere ricondotti alla categoria delle “condotte successive al reato”, elemento di cui occorre tenere conto dopo le modifiche intervenute con la riforma Cartabia<sup>86</sup>. Ora, l'interpretazione prevalente del nuovo inciso della disposizione codicistica, coerentemente con quanto precisato nella Relazione illustrativa<sup>87</sup>, tende a negare l'applicazione della causa *de qua* sulla base del solo comportamento *post delictum*, richiedendo la sussistenza di ulteriori fattori idonei a qualificare il fatto come particolarmente tenue<sup>88</sup>. Così, in un recente caso in materia di dichiarazione infedele, pur prendendo in esame il versamento dell'imposta evasa sulla base del riformato art. 131-*bis* Cp, la Corte di Cassazione ha comunque negato il riconoscimento del beneficio, richiedendo, da un lato, uno scostamento minimo dalla soglia di punibilità e, dall'altro, una caratterizzazione dell'offesa come tenue sulla base di tutti gli usuali indici<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> Su cui v. G. Martiello, *La “particolare tenuità del fatto” dopo l'attuazione della “Riforma Cartabia”*: prossime note di commento al novellato art. 131-*bis* c.p., in *Discrimen*, 10.11.2022, 1 ss.; G. De Vero, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: uno sguardo d'insieme*, in *LP*, 20.2.2023, 20 ss.; S. Riccardi, *La nuova disciplina dell'art. 131-*bis* nel quadro della riforma Cartabia*, in *LP*, 2.3.2023, 11 ss.; D. Brunelli, *Le modifiche alla non punibilità del fatto*, in *DPP*, 2023, 61 ss.; C.E. Paliero, *“Principio di esiguità”, e deflazione penale: la ricetta italiana del “tipo bagatellare”*, cit., 544 s.; M. Dova, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, Padova 2023, 115 ss.; G. Panebianco, *I nuovi confini della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *GI*, 2023, 963 ss.; A. Gullo, *Profili di diritto penale sostanziale nel d.lgs. 150 del 2022*, in E.M. Catalano, R.E. Kostoris, R. Orlandi (a cura di), *Riassetti della penalità, razionalizzazione del procedimento di primo grado, giustizia riparativa*, Vol. II, Milano 2023, 37 ss.; N. Recchia, *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: estensione dell'ambito di applicazione, preclusioni e rilievo della condotta susseguente al reato*, in G.L. Gatta, M. Gialuz (diretto da), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, Vol. III, R. Bartoli-G.L. Gatta-V. Manes (a cura di), *Le modifiche al sistema penale*, Torino 2024, 396 ss.; M. Romano, *Non punibilità, estinzione del reato, riforma Cartabia*, cit., 445 s. Si tratta di una presa di posizione del Legislatore avvenuta a seguito di un dibattito circa la rilevanza dei comportamenti *post delictum*: v. in senso sfavorevole, con diversità di accenti, Cass. pen., Sez. V, 28.4.2015, n. 38961; Cass. pen., Sez. II, 30.9.2015, n. 41742; Cass. pen., Sez. IV, 18.1.2018, n. 6520. *Contra*, v. Cass. pen., Sez. III, 29.1.2018, n. 4123, annotata da E. Penco, *(Ir)rilevanza delle condotte riparatorie successive al reato ai fini del giudizio di particolare tenuità*, in *GI*, 2018, 503 ss., che pure richiama in nota Trib. Foggia, 10.4.2015, n. 1670 per un'applicazione della disposizione a seguito del pagamento del debito tributario per un reato fiscale.

<sup>87</sup> Cfr. Relazione Illustrativa al d.lgs. 150/2022, p. 345 s.

<sup>88</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 25.9.2023, n. 38909 in *DPP*, 2023, 12, 1595 s. con nota di F. Rocchi, che fa applicazione dell'art. 131-*bis* Cp per il reato di cui all'art. 44, lett. a) d.P.R. 380/2001 tenendo in considerazione la presentazione *post factum* di un'istanza di regolarizzazione del titolo edilizio ma sottolineando altresì la modestia dell'intervento abusivo; Cass. pen., Sez. III, 2.5.2023, n. 18029, in *GI*, 2023, 1238 ss. con nota di G. Santalucia, in materia di salute e sicurezza sul lavoro, che pur facendo applicazione della norma citata in base alla successiva eliminazione, da parte dell'imputato, della violazione rilevata dall'Ispettorato del Lavoro, ha cura di precisare che le condotte *post delictum* non possono per sé sole fondare la non punibilità; Cass. pen., Sez. III, 1.2.2024, n. 19637, in materia ambientale, che esclude la particolare tenuità sulla base della gravità del reato nonostante l'imputato avesse successivamente adempiuto alle prescrizioni di rimessione in pristino dello stato dei luoghi; confermano il generale principio di diritto per cui la condotta susseguente al reato non sarebbe criterio autosufficiente per l'operatività della norma *de qua*, anche Cass. pen., Sez. VI, 31.10.2023, n. 43941; Cass. pen., Sez. I, 13.7.2023, n. 30515; Cass. pen., Sez. III, 28.6.2023, n. 28031; Cass. pen., Sez. III, 28.6.2023, n. 28033. In senso parzialmente diverso Cass. pen., Sez. III, 27.2.2024, n. 24326, che concede il beneficio sulla sola base della natura contravvenzionale del reato e dell'attestazione dell'idoneità sismica successivamente alla consumazione della contravvenzione, pur motivando però nel senso che la condotta susseguente non potrebbe valere come indice autonomo. Per una rassegna della prima giurisprudenza sulla questione, v. D. Colombo, *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto e condotta susseguente al reato. Le prime pronunce della Cassazione sul novellato art. 131-*bis* c.p.*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12.7.2023. In dottrina, anche per una ricostruzione delle diverse posizioni espresse sul punto, v. A. Gullo, *Profili di diritto penale sostanziale*, cit., 40 s.

<sup>89</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. III, 24.10.2023, n. 17708, in *Il Fisco*, 2024, 2211 ss. con nota di C. Santoriello.

Viene dunque da chiedersi se il nuovo comma dell'art. 13 d.lgs. 74/2000 si ponga in controtendenza rispetto al filone giurisprudenziale appena richiamato, anche in virtù della "clausola di prevalenza" analizzata in apertura. A ben vedere, non sembra che la nuova disposizione apra la strada a una dichiarazione di non punibilità sulla base della sola riparazione dell'offesa. Invero, dal punto di vista sistematico, una simile soluzione risulterebbe distonica rispetto al meccanismo premiale sopra delineato, improntato al criterio di gradualità. Se infatti, come appena ricordato, il pagamento integrale del debito tributario intervenuto prima della chiusura del dibattimento opera come attenuante a effetto speciale, la medesima condotta tenuta "fuori termine" può fondare la non punibilità solo in presenza di ulteriori fattori che giustifichino il trattamento di favore rispetto all'ipotesi contemplata dall'art. 13-bis.

Per quanto riguarda invece l'indice *sub a)* del nuovo comma 3-ter, relativo proprio all'entità «dello scostamento dell'imposta evasa rispetto al valore soglia stabilito ai fini della punibilità», il Legislatore ha qui inteso recepire quell'indirizzo interpretativo che già assegnava valore dirimente alla vicinanza alla soglia quale criterio principe per il riconoscimento della particolare tenuità<sup>90</sup>. Si tratta, anche in questo caso, di un parametro che fa riferimento all'esiguità dell'offesa<sup>91</sup> e che si inserisce nel noto dibattito circa l'applicabilità della causa citata ai reati caratterizzati da soglie di punibilità<sup>92</sup>. L'innovazione legislativa non sembra tuttavia aggiungere nulla rispetto al già maturo panorama giurisprudenziale richiamato: non fissa infatti alcun limite numerico-quantitativo né si pone in contrasto con il pacifico assunto per cui lo scostamento marginale dalla soglia non è da solo sufficiente a integrare tutti i presupposti della non punibilità<sup>93</sup>.

<sup>90</sup> V. *ex multis* Cass. pen., Sez. III, 15.4.2015, n. 15449; Cass. pen., Sez. III, 12.10.2015, n. 40744; Cass. pen., Sez. III, 19.11.2015, n. 18680; Cass. pen., Sez. Un., 6.4.2016, n. 13681 con nota adesiva di G. Amarelli, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131-bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, in *DPP*, 2016, 787 ss.; Cass. pen., Sez. III, 17.7.2018, n. 52974; nonché Cass. pen., Sez. III, 30.5.2018, n. 39413 con nota di G. Toscano, *Omissione di versamenti contributivi e particolare tenuità del fatto*, in *GI*, 2019, 418 ss. in relazione all'omesso versamento di ritenute assistenziali e previdenziali per cui, anche prima della modifica normativa che ha aggiunto la soglia di punibilità, si era cercato di valorizzare il canone di offensività in concreto per selezionare comportamenti immeritevoli di pena. Sul punto, v. E. Penco, *Offensività e soglie di punibilità: l'omesso versamento di ritenute previdenziali tra il "non più" e il "non ancora"*, in *GI*, 2015, 468 ss.; Id., *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, cit., 430 ss.; L. Tumminello, *La nuova soglia di punibilità nell'omesso versamento di ritenute previdenziali e assistenziali fra dimensione dogmatica e capacità selettiva*, in *RTDPE*, 2019, 3-4, 699 ss.

<sup>91</sup> Si fa qui riferimento alla ricostruzione che vede le soglie di punibilità come elemento del fatto tipico, proprio perché espressive della "misura di offensività" al di sopra della quale si giustifica l'intervento penale. Per quel che riguarda il dibattito sul punto, v., anche per i dovuti riferimenti bibliografici, M. Romano, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di punibilità (e cause di esclusione del tipo)*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, cit., 1729 ss.; D. Falcinelli, *op. cit.*, 67 ss.; E. Penco, *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, cit., 265 ss.; C. Longari, *Soglie di punibilità e diritto penale tributario*, Padova 2020. Nello stesso senso, in giurisprudenza, v. per tutti Cass. pen., Sez. Un., 28.3.2013, n. 37424 e 37425. *Contra*, v. per tutti A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 362 ss., seppur unicamente in relazione ai delitti in materia di dichiarazione.

<sup>92</sup> Si dicevano già favorevoli all'applicazione della norma citata ai reati così caratterizzati, tra i tanti, G. Gatta, *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*, in *DPC*, 22.4.2015; R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 666; M. Gallo, *Soglie di punibilità*, in A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli 2017, 469 s.; A. Gullo, *sub Art. 131-bis*, cit., 1980. Nella manualistica, v. anche E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 98 s. In senso contrario, v. per tutti T. Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *GD*, 2015, 21. Per un riassunto delle tappe del dibattito, v. G. Panebianco, *Offesa esigua, assente e incidente sulle soglie di punibilità*, in *LP*, 7.1.2020, 1 ss., spec. 61 ss.

<sup>93</sup> V. per tutti F. Consulich, *op. cit.*, 1389, nota 93 e giurisprudenza ivi citata. La riforma sembra poi non prendere poi in considerazione il dibattito circa l'applicabilità della causa di non punibilità citata laddove il superamento



Maggiori profili innovativi sono invece presenti nell'indice *sub d*). La nuova norma impone infatti di prendere in considerazione «la situazione di crisi ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera a), del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza», ossia «lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi»<sup>94</sup>. L'indicazione del Legislatore deve in primo luogo essere coordinata con il comma 3-*bis* dell'art. 13, anch'esso di nuovo conio, relativo all'efficacia scusante della crisi di liquidità: è chiaro infatti che lo stato di crisi potrà valere quale indice-criterio rilevante *ex art.* 131-*bis* Cp fuori dai casi in cui operi tale esimente che, come si vedrà, sembra avere uno spazio applicativo piuttosto ristretto. In particolare, assumono qui rilevanza anche i casi in cui lo stato di crisi sia imputabile al soggetto attivo o vi siano ancora azioni esperibili per farvi fronte o comunque la mancanza di liquidità non dipenda dalle condizioni elencate nel comma precedente dell'art. 13. Inoltre, la disposizione è applicabile per tutti i delitti tributari che rientrano nei limiti di pena dell'art. 131-*bis* Cp e non solo per le fattispecie di omesso versamento, nonostante sia indubbio che siano proprio queste ultime a essere maggiormente interessate da una situazione economico-patrimoniale che impone di scegliere quale creditore pagare<sup>95</sup>. Nondimeno, è sempre necessario che ricorrano gli estremi della disposizione richiamata dal CCII, condizione che, come si vedrà, non sembra invece necessaria per escludere la punibilità ai sensi del nuovo comma 3-*bis*.

Ad ogni modo, emerge qui il lato equitativo della riforma, che permette di considerare la crisi di impresa, unitamente agli altri indici-criteri, quale fattore per escludere la punibilità, mostrando un atteggiamento sostanzialmente “comprensivo” per l'imprenditore che si trova in una situazione di non momentanea difficoltà finanziaria.

6. Come si è accennato, a seguito di un noto dibattito<sup>96</sup>, si è altresì scelto di codificare in queste situazioni una vera e propria causa di esclusione della responsabilità penale, dallo spazio

---

della soglia segni il *discrimen* con l'illecito amministrativo: è stato infatti argomentato che in queste ipotesi, paradossalmente, sarebbe più favorevole “il penale”. Nondimeno, la sostanziale *interpretatio abrogans* che caratterizza il principio di specialità infra-sistematico nel settore tributario rende la questione abbastanza sterile, poiché alla rilevanza penale della condotta difficilmente consegue la non irrogazione della sanzione amministrativa. Sulla questione generale, v. già G. Amarelli *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131-bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, cit., 793 s.; G. Panebianco, *Offesa esigua, assente e incidente sulle soglie di punibilità*, cit., 65 s. Circa invece la convergenza di diversi illeciti sul medesimo comportamento, v. *infra*, parr. 8 ss.

<sup>94</sup> Per l'inquadramento dello stato di crisi come situazione prodromica all'insolvenza e, in generale, per un inquadramento della sua sistematica nell'ambito della materia fallimentare, v. per tutti G. Campobasso, *Diritto commerciale*, Vol. III, Milano 2022, 337 ss.

<sup>95</sup> Che tali situazioni potessero essere valorizzate in chiave di particolare tenuità era stato già osservato da G. Amarelli, *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte: tra prova del dolo e tenuità del fatto si allargano gli spazi per la non punibilità*, in *Le Società*, 2015, 1166 ss.

<sup>96</sup> La letteratura sul punto è copiosa: *ex multis*, cfr. G. Amarelli, *op. ult. cit.*, 1156 ss.; G. Flora, *Crisi di “liquidità” ed omesso versamento di ritenute e di IVA: una questione davvero chiusa?*, in *RT*, 2014, 915 ss.; Id., *Non avrai altro creditore all'infuori di me! Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA*, in *Discrimen*, 9.11.2020, 1 ss.; A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 596 e 615 ss.; R. Alagna, *Crisi di liquidità dell'impresa ed evasione da riscossione: itinerari di non punibilità per i reati di omesso versamento*, in R. Borsari (a cura di), *Profili critici del diritto penale tributario*, cit., 215 ss.; A. Perini, *Crisi di liquidità e reati tributari: l'omesso versamento dell'IVA alla vigilia dell'entrata in vigore del codice della crisi*, in A. Cadoppi, P. Veneziani, P. Aldovrandi, S. Putinati (a cura di), *Legalità e diritto penale dell'economia. Studi in onore di Alessio Lanzi*, cit., 470 ss.; G. Ingraio, *Crisi di liquidità da coronavirus e omesso versamento di tributi: quali conseguenze sanzionatorie amministrative e penali?*, in *RDT*, 2020, 1, 17 ss.; L. Imperato, *La forza maggiore quale causa di esclusione della punibilità degli illeciti amministrativi e penali di omesso versamento*, in *RDT*, 2021, 68 ss.; S. Bolis, *Omesso versamento di imposte a causa di pandemia: alla ricerca di un'esimente di forza maggiore “vincibile” di derivazione europea*, in *www.sistemapenale.it*, 5.3.2021; P. Aldovrandi, *La crisi di liquidità nel*

operativo naturalmente più ristretto rispetto alla generale circostanza da valutare ai fini della particolare tenuità del fatto. Le ragioni che hanno mosso il Legislatore verso questa direzione sono da rinvenire nella natura dei delitti di omesso versamento, cui non a caso è circoscritta l'operatività dell'esimente. Si è infatti accennato che tali fattispecie siano volte a sanzionare il mero inadempimento del contribuente, facendo in sostanza coincidere il rischio fiscale con quello penale<sup>97</sup>. Può dunque accadere – e come dimostra la prassi, per lo più accade – che venga attratto nell'orbita dei delitti citati il comportamento dell'imprenditore che, a fronte di una situazione di generale illiquidità, sia costretto a scegliere quale creditore preferire. È infatti comune che venga accordata preferenza a fornitori e dipendenti rispetto al Fisco<sup>98</sup>: da un lato, perché è la scelta che, per ovvie ragioni, garantisce la continuità aziendale nel breve periodo e, dall'altro, perché l'Erario è sensibilmente più lento a far valere le proprie pretese, potendosi peraltro fare affidamento, nella prospettiva che più ci interessa, su termini piuttosto lunghi prima che l'omissione acquisti rilevanza penale.

A fronte dunque di situazioni di fatto in cui il patrimonio dell'imprenditore si rivela incapace di far fronte alle obbligazioni tributarie, la giurisprudenza di merito aveva iniziato a porre un argine all'iniquità sostanziale che una condanna avrebbe comportato, utilizzando diverse argomentazioni e inquadrando la generale "crisi di liquidità" all'interno di diverse categorie dogmatiche, per lo più con argomentazioni volte a escludere il dolo<sup>99</sup>. In particolare, alla luce della riforma, sembrano particolarmente rilevanti le indicazioni fornite già nelle prime fasi di applicazione delle fattispecie interessate: è stato infatti richiesto, tra le altre cose, che la situazione di illiquidità non fosse imputabile all'imprenditore né potesse essere fronteggiata con misure diverse dal mancato pagamento delle imposte<sup>100</sup>. Si deve poi sempre a tale filone giurisprudenziale la valorizzazione dell'inadempimento della Pubblica Amministrazione quale elemento fondante la non punibilità: ragioni equitative spingono infatti a ritenere i contribuenti non punibili ove la carenza di mezzi per far fronte alle proprie obbligazioni dipenda da pregressi inadempimenti di altri enti pubblici<sup>101</sup>.

Si tratta, come si vedrà, di indicazioni recepite a pieno dal d.lgs. 87/2024 ma che hanno invece trovato solo parziale applicazione nella giurisprudenza di legittimità che, come da più parti rilevato, ha opposto un orientamento rigoroso all'apertura dimostrata dalle corti territoriali<sup>102</sup>.

---

*prisma del diritto penale tributario: la trasfigurazione nel diritto vivente del "rischio d'impresa" in "rischio penale"*, in *RTDPE*, 2022, 3-4, 409 ss.; G. Toscano, *Crisi di liquidità esogene e delitti di omesso versamento: tra tormenti giurisprudenziali e prospettive (urgenti) di riforma*, in *DPT*, 2023, 549 ss.

<sup>97</sup> V. *supra*, note 4 e 40. Sottolinea questo aspetto in chiave critica rispetto alle situazioni di crisi, G. Flora, *Non avrai altro creditore all'infuori di me!*, cit., 1 e P. Aldovrandi, *La crisi di liquidità nel prisma del diritto penale tributario*, cit., 414 e 417 s. che pure evidenzia come una simile "invasione di campo" da parte del Legislatore non sia certo estranea all'attuale metodo di legiferare nel settore del diritto penale dell'economia. Anche A. Martini, *Frode, menzogna e disobbedienza*, cit., 32 auspicava infatti una riforma in tal senso già all'indomani della riforma del 2015.

<sup>98</sup> Così anche P. Aldovrandi, *La crisi di liquidità nel prisma del diritto penale tributario*, cit., 419.

<sup>99</sup> Per un quadro generale, v. nella manualistica A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.* 508 ss.; G. Soana, *I reati tributari*, cit., 420 ss.; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 356 ss.; E.M. Ambrosetti, *op. cit.*, 500 ss.

<sup>100</sup> Così già Trib. Roma, 12.6.2013; Trib. Firenze, Sez. I penale, 30.1.2018. In senso simile anche Trib. Padova, 7.1.2014, che perviene all'assoluzione dell'imputato dopo aver verificato che lo stesso avrebbe anche provato a fare ricorso a "misure estreme", quali prestiti personali, per far fronte allo stato di crisi e Trib. Milano, 15.12.2015, n. 13701.

<sup>101</sup> Così Trib. Milano, Sez. III penale, 19.10.2013; Trib. Milano, Ufficio GIP, 7.1.2013, n. 3926 pubblicata su [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it). Si diceva in particolare già favorevole a un simile orientamento G. Amarelli, *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte*, cit., 1161. V. anche Trib. Firenze, Ufficio GIP, 27.7.2012, in cui si fa riferimento anche agli inadempimenti di soggetti privati.

<sup>102</sup> Così anche R. Alagna, *Crisi di liquidità dell'impresa*, cit., 219 ss.; P. Aldovrandi, *La crisi di liquidità nel prisma del diritto penale tributario*, cit., 421 ss.; L. Troyer, A. Ingrassia, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi e le (as)soluzioni giurisprudenziali: tout comprendre, c'est tout pardonner?*, in *RDC*, 2013, 967 ss.

Pur non negando in via assoluta rilevanza alla crisi di liquidità, la Cassazione ha fatto leva sulla natura omissiva e sul dolo generico dei delitti di omesso versamento per smentire l'assunto per cui tale situazione potesse determinare l'esclusione dell'elemento soggettivo del reato: come affermato in una delle pronunce qui richiamate, «la scelta di non pagare prova il dolo; i motivi della scelta non lo escludono»<sup>103</sup>. Nondimeno, come si è accennato, gli spazi applicativi per un'esimente in senso lato sono stati ristretti ma non annullati da tale indirizzo. Recependo in parte alcune indicazioni emerse dal richiamato filone di merito, si è infatti affermato che il contribuente, per andare esente da pena, fosse ammesso a provare: a) lo stato di crisi; b) la non imputabilità, nemmeno per colpa, di tale situazione, che si sarebbe dovuta palesare come improvvisa e imprevedibile; c) l'impossibilità di fronteggiarlo se non mancando di pagare il Fisco<sup>104</sup>. Peraltro, pur a fronte di queste affermazioni di principio, raramente si è pervenuti a un'assoluzione dell'imputato anche in presenza di situazioni che i Tribunali avevano dimostrato di valorizzare, come il mancato incasso di crediti vantati nei confronti di enti pubblici<sup>105</sup>.

Ora, prendendo in esame tale quadro giurisprudenziale, ci sembra che la riforma abbia voluto recepire l'indirizzo invalso in seno alla prevalente giurisprudenza di merito, ampliando lo spettro della non punibilità in presenza di situazioni di crisi, in armonia con lo spirito "equitativo" cui si è già accennato, e cercando di erodere le resistenze mostrate dai giudici di legittimità. È pur vero che la disposizione non si discosta totalmente dall'approccio rigoroso largamente prevalente in seno alla Cassazione, richiedendo in effetti alcune condizioni che la Corte, almeno in astratto, aveva dimostrato di condividere. La nuova norma infatti porta a ritenere non punibili i delitti di cui agli artt. 10-bis e 10-ter «se il fatto dipende da cause non imputabili all'autore sopravvenute, rispettivamente, all'effettuazione delle ritenute o all'incasso dell'imposta sul valore aggiunto». Nel valutare la sussistenza o meno di tali "cause", è richiesto che il giudice tenga conto «della crisi non transitoria di liquidità dell'autore dovuta alla inesigibilità dei crediti per accertata insolvenza o sovraindebitamento di terzi o al mancato pagamento di crediti certi ed esigibili da parte di amministrazioni pubbliche e della non esperibilità di azioni idonee al superamento della crisi».

Da un lato, dunque, vi è il riferimento alla non imputabilità della crisi all'imprenditore e alla impossibilità di farvi fronte, valorizzato, in chiave di *probatio diabolica*, dalla Cassazione<sup>106</sup>; dall'altro, la positivizzazione dell'inadempienza di terzi quale indice sintomatico dell'impossibilità di pagare il Fisco è certamente un'eredità dell'apertura dimostrata al contribuente dal richiamato indirizzo giurisprudenziale.

<sup>103</sup> Così Cass. pen., Sez. III, 8.2.2022, n. 19630 richiamata anche da P. Aldovrandi, *La crisi di liquidità nel prisma del diritto penale tributario*, cit., nota 33. L'orientamento è comunque abbastanza consolidato almeno a partire dalle citate Cass. pen., Sez. Un., 28.3.2013, n. 37424 e 37425. Da allora, la terza sezione è relativamente granitica sul punto: tra le sentenze più recenti, v. Cass. pen., Sez. III, 20.6.2019, n. 38482; Cass. pen., Sez. III, 17.6.2020, n. 25982; Cass. pen., Sez. III, 16.3.2021, n. 30042; Cass. pen., Sez. III, 18.10.2022, n. 46237.

<sup>104</sup> V. così già Cass. pen., Sez. III, 8.4.2014, n. 20266; Cass. pen., Sez. III, 16.10.2014, n. 11674. Orientamento ripreso anche di recente dalla citata Cass. pen., Sez. III, 16.3.2021, n. 30042. In applicazione di un simile indirizzo, si sono in effetti registrate sporadiche pronunce di assoluzione anche in seno alla giurisprudenza di legittimità: v. infatti Cass. pen., Sez. III, 5.6.2019, n. 42522.

<sup>105</sup> Così, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 8.1.2014, n. 15146. Per la precisione, nel caso citato, si era tuttavia cercato di fare applicazione dell'art. 54 c.p. piuttosto che escludere il dolo. Più di recente, anche Cass. pen., Sez. III, 14.2.2024, n. 15942, nonché Cass. pen., Sez. III, 19.5.2022, n. 27202 che esplicitamente riconducono al normale rischio di impresa il mancato incasso di crediti. Apre invece a tale situazione Cass. pen., Sez. III, 5.5.2021, n. 31352 che divide tra insoluti contenuti in una percentuale fisiologica (inidonei a fondare un'esimente) e patologica.

<sup>106</sup> Occorre qui sottolineare che si intende sempre un "mero" onere di allegazione, coerentemente con quanto avviene con le altre cause di esclusione del reato.

Ora, ai fini dell'operatività della norma *de qua*, è richiesta, in primo luogo, la sussistenza di una non meglio precisata "causa" non imputabile all'agente, eziologicamente collegata al mancato pagamento del Fisco, e sopravvenuta all'incasso delle somme che si sarebbe dovuto versare<sup>107</sup>. Il secondo periodo della disposizione è dunque funzionale a tassativizzare tale situazione, individuandola nella "crisi di liquidità non transitoria" da accertare sulla base di due indici cui si è già accennato, ossia l'inadempienza di soggetti terzi e l'impossibilità di azionare rimedi volti a rimettere in sesto l'impresa.

Sembra dunque che gli elementi costitutivi dell'esimente debbano essere ricostruiti come segue:

a) sussistenza di uno stato di crisi non transitorio, in cui inquadrare la generale causa cui fa riferimento il primo periodo della disposizione, dal quale dipende l'inadempimento. A differenza del comma 3-ter analizzato in precedenza, non si fa qui riferimento espresso alla definizione fornita dal CCII, che non è dunque vincolante per l'interprete. In astratto, dunque, nulla vieta di assegnare un significato più ampio alla locuzione utilizzata dal comma 3-bis. Nondimeno, il requisito della non temporaneità della crisi sembra difficilmente concedere tale margine interpretativo. La disposizione sopra analizzata richiede infatti una situazione di illiquidità, prodromica all'insolvenza, che rende difficoltoso l'adempimento delle proprie obbligazioni per i successivi dodici mesi. I nuovi termini di rilevanza penale per i delitti di omesso versamento assegnano al contribuente un termine ancora maggiore per adempiere: è dunque evidente che ove la crisi si protragga fino a tali scadenze – rendendo finanche difficoltosa la rateizzazione – risulterà giocoforza sussistente anche la situazione descritta dal diritto fallimentare<sup>108</sup>. A tal proposito, sembra dunque potersi affermare che ove la crisi si sia protratta dall'incasso delle ritenute o dell'IVA fino al decorso dei termini sopra analizzati, il requisito della non transitorietà dovrebbe essere sempre ritenuto sussistente, anche nelle rare ipotesi in cui l'imprenditore si sia poi ripreso da tale fase di fibrillazione;

b) tale stato di crisi deve essere sopravvenuto all'incasso delle somme da versare al Fisco. Il requisito, in verità, non sembra trovare compiuta giustificazione: non si vede infatti perché escludere l'operatività dell'esimente a fronte di una situazione di illiquidità precedente all'effettuazione delle ritenute, evidentemente anch'essa determinante nell'inadempimento del contribuente. In tal modo, infatti, rimangono fuori dal perimetro applicativo della norma le omissioni relative a periodi di imposta in cui il dissesto finanziario dell'impresa si era già verificato. Il criterio ha forse inteso prendere spunto dall'indirizzo interpretativo della Corte di Cassazione, per la quale la normativa tributaria farebbe sorgere un obbligo di accantonamento delle somme riscosse dal contribuente<sup>109</sup>, che avrebbe dunque l'onere (penalmente sanzionato)

<sup>107</sup> Qui si fermava in effetti la richiesta della legge di delega: l'art. 20, comma 1, lett. b) n. 2) chiedeva infatti solamente di «attribuire specifico rilievo all'ipotesi di sopravvenuta impossibilità di far fronte al pagamento del tributo, non dipendente da fatti imputabili al soggetto stesso», senza peraltro specificare a cosa tale causa avrebbe dovuto sopravvenire. Sul punto, v. già G. Flora, *Profili penali della legge delega per la riforma fiscale*, cit., 1414 s.; P. Veneziani, *La legge delega per la riforma fiscale*, cit., 46 ss.

<sup>108</sup> Evidenza tale circostanza, naturalmente non con riferimento alla scusante di nuovo conio, A. Perini, *Crisi di liquidità e reati tributari*, cit., 477.

<sup>109</sup> L'assunto è rinvenibile in diverse sentenze della Cassazione a partire dalle sentenze gemelle delle Sezioni Unite sopra citate. Per una critica sul punto, v. G. Chiaraviglio, *Omesso versamento IVA e crisi di liquidità, inesigibilità e procedure concorsuali*, in *RDC*, 2016, 332; R. Alagna, *Crisi di liquidità dell'impresa ed evasione di riscossione: itinerari di una non punibilità per i reati di omesso versamento*, cit., 256; G. Flora, *Crisi di "liquidità" ed omesso versamento di ritenute e di IVA: una questione davvero chiusa?*, cit., 919; Id., *"Non avrai altro creditore all'infuori di me!"*, cit., 5 ss.; G. Toscano, *Crisi di liquidità esogene e delitti di omesso versamento*, cit., 558 ss.; S. Cavallini, *Omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, in R. Bricchetti, P. Veneziani, *I reati tributari*, cit., 333; L. Troyer, A. Ingrassia, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi*, cit., 966; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 357 s.; nonché A. Perini, *Crisi di liquidità e reati tributari*, cit., 477 che sottolinea come la rilevanza penale deve essere apprezzata unicamente con riferimento al momento consumativo. Cfr. anche P.

di organizzare le risorse disponibili di modo da essere sicuro di adempiere l'obbligazione con il Fisco. In tal modo, infatti, solo un dissesto imprevedibile – e, appunto, sopravvenuto – giustificerebbe la non punibilità dell'agente<sup>110</sup>. Peraltro, la norma sembra fare riferimento al solo incasso dell'IVA e non al momento di emissione della fattura, in cui, nella generalità dei casi, sorge l'obbligazione tributaria<sup>111</sup>. La formulazione letterale può quindi trarre in inganno, ma ragioni di coerenza sistematica impongono di ritenerla applicabile *a fortiori* nei casi in cui l'imposta non sia stata incassata, da sempre indicati proprio come quelli maggiormente problematici<sup>112</sup>;

c) il dissesto non deve essere imputabile al soggetto attivo. Si tratta, anche in questa ipotesi, di una positivizzazione delle indicazioni della giurisprudenza di legittimità che, come si è visto, ha sempre richiesto la prova – *rectius*, l'allegazione – che il contribuente non si sia messo in condizioni di non poter pagare, secondo uno schema che, soprattutto letto in combinato disposto con l'obbligo di accantonamento sopra richiamato, ricorda l'*actio libera in causa*<sup>113</sup>. Una simile soluzione risulta giustificabile solo nella misura in cui si faccia riferimento alla dolosa preordinazione dello stato di crisi, proprio sulla falsariga dell'art. 87 Cp. Nondimeno, la formulazione della norma permette di considerare "imputabile" all'imprenditore altresì il dissesto cagionato colposamente e certo non al fine di far trovare al Fisco un patrimonio incapiante. La scelta non risulta quindi del tutto condivisibile, recando il rischio di degradazione dell'illecito sul piano dell'elemento soggettivo: l'inadeguato assetto organizzativo dell'imprenditore o la scelta di investimenti poco oculati sono infatti idonei a fondare, al più, una responsabilità per colpa<sup>114</sup>. Del resto, lo stesso paradigma dell'*actio libera in causa* sopra richiamato esigerebbe un primo comportamento doloso posto in essere al precipuo fine di trovarsi in una situazione di difficoltà finanziaria al momento della scadenza dei termini penalmente rilevanti<sup>115</sup>, schema evidentemente incompatibile con una condotta

---

Aldovrandi, *La crisi di liquidità nel prisma del diritto penale tributario*, cit., 423 s., che, pur criticando tale ricostruzione, comunque rileva come il momento cui fare riferimento per accertare il dolo di omesso versamento sarebbe non la scadenza del termine penalmente rilevante ma quello fiscale, poiché solo in tale momento il contribuente si mette in condizione di non adempiere, richiamando così la figura della "*omissio libera in causa*" teorizzata da A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, 817. In senso adesivo invece G. Soana, *I reati tributari*, cit., 420 ss.

<sup>110</sup> In senso contrario invece E. Penco, *Il nuovo assetto della premialità penale-tributaria e l'efficacia esimente della crisi di liquidità: il d.lgs. 87 del 2024 tra esigenze riscossive e istanze di equità*, cit., 1586, che interpreta il criterio nel senso di sconfessare tale approccio, proprio perché limiterebbe la sua applicazione alle ipotesi in cui sarebbe dovuto avvenire tale accantonamento.

<sup>111</sup> Si fa qui riferimento al generale criterio di competenza con cui attualmente opera l'imposta indiretta, essendo il regime per cassa riservato solo ai grandi contribuenti. Cfr. sul punto G. Melis, *Manuale di diritto tributario*, cit., 819 ss.

<sup>112</sup> Così A. Perini, *Crisi di liquidità e reati tributari*, cit., 479; P. Aldovrandi, *La crisi di liquidità nel prisma del diritto penale tributario*, cit., 425 ss.; G. Toscano, *Crisi di liquidità esogene e delitti di omesso versamento*, cit., 575.

<sup>113</sup> V. sul punto i rilievi di G. Flora *Crisi di "liquidità" ed omesso versamento di ritenute e di IVA: una questione davvero chiusa?*, cit., 920 s. e le considerazioni di P. Aldovrandi, *La crisi di liquidità nel prisma del diritto penale tributario*, cit., 423 s., richiamate nella nota 109.

<sup>114</sup> Nello stesso senso, proprio con riferimento a questo orientamento circa la crisi di liquidità, R. Caracuzzo, *Omessi versamenti dell'IVA e delle ritenute certificate e crisi d'impresa*, in *CP*, 2014, 3078; G. Amarelli, *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte*, cit., 1160; M. D'Avirro, *Omesso versamento dell'IVA e crisi d'impresa*, in *GI*, 2017, 1966; e soprattutto G. Flora *Crisi di "liquidità" ed omesso versamento di ritenute e di IVA: una questione davvero chiusa?*, cit., 920, estremamente critico nell'utilizzare la figura dell'*actio libera in causa* per muovere un giudizio di rimproverabilità al contribuente che abbia cagionato colposamente il dissesto dell'impresa.

<sup>115</sup> Cfr. per tutti M. Romano, sub *Art. 87 c.p.*, *Commentario sistematico al codice penale*, Vol. II, cit., 26 ss., che, pur sottolineando come l'art. 87 Cp si limiti a trattare dell'ipotesi di incapacità preordinata alla commissione di un reato, approfondisce altresì le diverse figure «di *actio libera dolosa* con incapacità volontaria e rappresentazione-e-volizione del reato ma senza preordinazione, e di *actio libera colposa*, con incapacità

colposa. Anche con riferimento a tale criterio, dunque, verrebbe da chiedersi perché solo il contribuente “abile ma sfortunato” possa giovare dell’esimente in parola, mentre chi si rende responsabile di *mala gestio* aziendale deve altresì sopportare l’ulteriore rischio penale della propria condotta.

Ad ogni modo una lettura del requisito orientata al secondo periodo della disposizione – che fa appunto riferimento agli indici valutativi sulla base dei quali accertarne la sussistenza – porta a ritenere che la non imputabilità ricorra certamente in tutti i casi ivi richiamati di inadempimento di terzi; inoltre, è lasciato spazio alla discrezionalità del giudice circa ulteriori situazioni, non tipizzate, in cui possa comunque ritenersi sussistente<sup>116</sup>. Nello specifico, il mancato pagamento è differenzialmente tipizzato a seconda della natura del soggetto coinvolto. Ove si tratti di privati, la norma richiede infatti l’accertata insolvenza o lo stato di sovraindebitamento che rende inesigibili i crediti del contribuente: sembra dunque fare riferimento, volendo adottare l’interpretazione più rigorosa, a una situazione dei creditori che rende necessaria l’attivazione di procedure liquidatorie secondo il Codice della Crisi<sup>117</sup>. Per quanto riguarda invece le somme da riscuotere nei confronti di enti pubblici, è sufficiente che sia allegato il “mancato pagamento” e che i crediti siano certi ed esigibili<sup>118</sup>;

d) da ultimo, è richiesta la mancanza di azioni idonee al superamento della crisi. A ben vedere, trattandosi anch’esso di un indice di cui il giudice deve tener conto ai fini della valutazione della sussistenza dell’impossibilità di adempiere, non è possibile qualificare tale criterio come vero e proprio elemento costitutivo dell’esimente, risultando forse più corretto leggerlo come una indicazione della non transitorietà dello stato di crisi. Nondimeno, risulta difficile immaginare una prassi giurisprudenziale che ne faccia sostanzialmente a meno, soprattutto visto il rilievo assegnatogli dalla Corte di Cassazione, che sistematicamente richiede l’allegazione dell’inesistenza di misure che l’imprenditore avrebbe potuto adottare per pagare il Fisco, comprese quelle sfavorevoli per il suo patrimonio personale<sup>119</sup>.

6.1 Così ricostruito il perimetro applicativo della nuova disposizione, rimane dunque da attribuirgli un corretto inquadramento dogmatico. Sul punto, sono state prospettate diverse ricostruzioni possibili, sulle quali il Legislatore non sembra aver preso posizione, vista la genericità della locuzione utilizzata<sup>120</sup>.

---

(volontaria o) colposa senza rappresentazione o senza accettazione del rischio relativo al reato». Nondimeno, nessuna di queste figure è suscettibile di inquadrare la condotta dell’imprenditore che cagiona colposamente il dissesto della propria impresa mettendosi così in condizione di non poter pagare il Fisco: nella prima ipotesi, manca la volontarietà dello stato di crisi; la seconda postula invece un successivo delitto colposo, rimproverabile per la violazione di una distinta regola oggettiva di diligenza (nell’esempio riportato dall’A., rientrerebbe in questa categoria la condotta del soggetto che, postosi colposamente in stato di incapacità, non abbia previsto che in quelle condizioni possa travolgere un passante con la propria auto).

<sup>116</sup> Tra cui spicca la tematica, nota alla dottrina, dell’alterità tra soggetto che ha operato l’accantonamento e quello tenuto al versamento alla scadenza del termine, che spesso si verifica nell’attività d’impresa. Sul punto, in chiave critica all’orientamento rigorosissimo della giurisprudenza, P. Aldovrandi, *La crisi di liquidità nel prisma del diritto penale tributario*, cit., 427; L. Franzetti, *Responsabilità del liquidatore subentrante per omesso versamento IVA*, in *RDT*, 2022, 6.

<sup>117</sup> Cfr. G. Campobasso, *op. cit.*, 357 ss. e 511 ss.

<sup>118</sup> Preme peraltro rilevare che l’art. 1, comma 5, dello stesso d.lgs. 87/2024 ha permesso di compensare sanzioni e interessi per mancato pagamento delle imposte sui redditi fino alla concorrenza del debito d’imposta, secondo il meccanismo descritto dal nuovo art. 28-*sexies* d.P.R. 602/1973, così ovviamente riducendo lo spazio per una simile censura.

<sup>119</sup> V. *supra* note 103 e 104. Per una prima apertura, v. però Cass. pen., Sez. III, 25.7.2024, n. 30532, che annulla con rinvio una sentenza di condanna della Corte d’Appello di Lecce proprio perché il giudice di merito valuti la sussistenza della nuova causa di non punibilità in senso lato.

<sup>120</sup> Non si tratta certo di una novità: che dietro la locuzione “non è punibile” si possano celare cause di esclusione

Un primo orientamento vorrebbe infatti ricomprendere la crisi di liquidità tra le cause di forza maggiore *ex art. 45 Cp*, che escluderebbero la tipicità del fatto, poiché sarebbe «assente una condotta umana propria dell'autore»<sup>121</sup>. Riportando tale assunto ai reati omissivi propri, risulterebbe cioè atipica l'inosservanza di chi non può mettere in atto la condotta doverosa<sup>122</sup>. Nondimeno, ci sembra corretta la tendenziale esclusione della qualificazione della nuova norma come speciale rispetto alla disposizione codicistica citata. L'ambito applicativo dell'art. 13, comma 3-*bis*, d.lgs. 74/2000 è infatti più esteso, potendo intercettare situazioni in cui il contribuente sceglie attivamente di non pagare il Fisco per adempiere ad altre obbligazioni, al fine di preservare la continuità aziendale<sup>123</sup>. Non si può dunque, almeno in tali casi, affermare l'assenza di una condotta riferibile all'agente. Per questo motivo, condivisibilmente la dottrina prevalente lascia margini applicativi all'art. 45 Cp alle sole eccezionali ipotesi di impossibilità assoluta dell'adempimento<sup>124</sup>, certamente ricomprese nella clausola positivizzata, ma che non ne esauriscono lo spazio applicativo.

Una seconda tesi proponeva quindi di fare applicazione dell'art. 54 Cp, in relazione alla nota tematica del conflitto di doveri<sup>125</sup>: in difetto dei mezzi per far fronte a tutte le proprie obbligazioni, la scelta di omettere i versamenti al Fisco per pagare gli stipendi al personale o comunque preservare l'attività d'impresa sarebbe cioè scriminata all'esito di un delicato bilanciamento tra gli obblighi solidaristici fatti discendere dagli artt. 53 e 35 e 41 Cost.<sup>126</sup> Si

---

del reato di diversa natura è una notazione che risale già a G. Vassalli, *voce Cause di non punibilità*, cit., 609 ed è ripresa, da ultimo, da M. Romano, *Non punibilità, estinzione del reato, riforma Cartabia*, cit. 441.

<sup>121</sup> Così M. Romano, sub *Art. 45 c.p.*, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., 488. Il punto non è pacifico: v. infatti la diversa ricostruzione di G. Vassalli, *voce Colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, VI, 1988, 20 e G. Fiandaca, *Caso fortuito e forza maggiore nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, Milano 1988, 907, che qualificano l'art. 45 Cp come causa di esclusione dell'elemento soggettivo. Fa applicazione della causa di forza maggiore, *ex multis*, Trib. Milano, 22.5.2013, con nota di I. Salvemmi, *L'esimente di cui all'art. 45 c.p. nel caso di omesso versamento dell'IVA*, in *CP*, 2014, 2, 666 ss.. Per una ricostruzione in seno alla giurisprudenza di legittimità, v. invece G. Chiaraviglio, *op. cit.*, 334 ss. Relativamente all'applicazione della causa citata alle sanzioni tributarie, v. anche i rilievi di E. Manoni, *Crisi di liquidità per mancati o ritardati pagamenti degli enti pubblici: difficile configurare l'esimente della "forza maggiore"*, in *RGT*, 2021, 823 ss. e, in relazione alla pandemia da Covid-19, Id., *La pandemia COVID-19 integra i presupposti della "forza maggiore"*, in *RGT*, 2023, 353 ss.

<sup>122</sup> Così per tutti A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, cit., 815 s.

<sup>123</sup> Rilievi simili in tal senso sono stati già sollevati da P. Aldovrandi, *La crisi di liquidità nel prisma del diritto penale tributario*, cit., 424 e G. Amarelli, *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte*, cit., 1162 s. In giurisprudenza, tra le diverse sentenze di legittimità che escludono la forza maggiore, spicca per il tessuto argomentativo Cass. pen., Sez. III, 6.3.2018, n. 19671. V. però la diversa posizione di S. Bolis, *op. cit.*, 9 ss., che fa leva su una nozione di forza maggiore elaborata in seno alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea relativamente alle sanzioni amministrative per sostenere un'interpretazione conforme dell'art. 45 Cp suscettibile di ricomprendere anche le situazioni in cui v'è un margine di scelta.

<sup>124</sup> Così, *ex multis*, S. Bolis, *op. cit.*, 5; A. Ingrassia, L. Troyer, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi*, cit., 975; G. Toscano, *Crisi di liquidità esogene e delitti di omesso versamento*, cit., 570. V. anche G. Flora, "Non avrai altro creditore all'infuori di me!", cit., 4, che pone tale situazione in relazione al principio di colpevolezza, evidenziando come non abbia alcuno scopo rieducativo punire chi non può adempiere alla prestazione. Parzialmente diversa è invece la posizione di A. Sereni, *Le prospettive di inesigibilità nel diritto penale*, in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, cit., 838 ss., spec. 840 che si dice favorevole all'applicazione dell'art. 45 Cp a simili ipotesi, legandolo però all'inesigibilità del comportamento intesa come difetto di *suitas* e di A. Perini, *Crisi di liquidità e reati tributari*, cit., 484 ss. spec. 486 che sembra comunque ricondurre la questione nell'ambito della tipicità in applicazione del generale principio *ad impossibilia nemo tenetur*.

<sup>125</sup> Su cui per tutti F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri*, Milano 2000, spec. 485 ss.

<sup>126</sup> Paventano questa ipotesi, con diversità di accenti: M. Capogrossi, *Omesso versamento IVA e crisi di liquidità: il pericolo della criminalizzazione del rischio d'impresa*, in *CP*, 2022, 3613 s. e G. Toscano, *Crisi di liquidità esogene e delitti di omesso versamento*, cit., 563 s. In senso parzialmente diverso anche G. Flora, *Crisi di "liquidità" ed omesso versamento di ritenute e di IVA: una questione davvero chiusa?*, cit., 916 ss.

tratta tuttavia di una ricostruzione che fa leva su un'interpretazione lata del “danno grave alla persona”, forzando il dettato normativo per farvi ricomprendere anche la perdita del posto di lavoro, in base a una lettura costituzionalmente orientata dello stato di necessità<sup>127</sup>. Non sorprende dunque più di tanto che sia stata sostanzialmente ignorata dalla giurisprudenza di legittimità<sup>128</sup> e criticata dalla dottrina prevalente<sup>129</sup>. È dunque da escludere anche una ricostruzione della positivizzazione della crisi di liquidità come *species* dell'art. 54 Cp.

Più ragionevole dunque l'inquadramento della norma *de qua* tra le cause di esclusione della colpevolezza, *sub specie* di clausola tipizzata di inesigibilità del comportamento. Si tratta di una soluzione che già prima della riforma sembrava aver trovato parziale accoglimento tra quanti sostenevano che la situazione così descritta fosse idonea a escludere il dolo di omesso versamento<sup>130</sup>, tesi prevalente anche in seno alla prima giurisprudenza di merito che si era confrontata con la questione<sup>131</sup>. Indubbiamente, riteniamo, non si tratta di una causa di giustificazione. È vero infatti che la *ratio* della norma è individuabile in un bilanciamento di interessi contrapposti, dominio “classico” delle scriminanti<sup>132</sup>. Nondimeno, sembra difficile sostenere che le condotte coperte dalla disposizione siano totalmente prive di disvalore, di modo che l'interesse dell'ordinamento alla continuità aziendale faccia cadere qualsiasi giudizio negativo circa il mancato pagamento dell'Erario, conclusione cui invece si dovrebbe giungere se si incasellasse la norma in tale categoria dogmatica<sup>133</sup>. Piuttosto, è ben più logico ritenere che, a fronte di un disvalore oggettivo che non viene certo meno, il diritto penale mostra di tenere in considerazione la difficoltà della situazione in cui versa il soggetto attivo: posto il sicuro disvalore per il mancato versamento dei tributi dovuti, non si può in ogni caso pretendere che l'imprenditore non paghi i dipendenti o chiuda l'impresa per far fronte alla propria obbligazione tributaria, precludendo perciò il giudizio di colpevolezza<sup>134</sup>.

<sup>127</sup> In questo senso, per tutti, G. Flora, *op. ult. cit.*, 921.

<sup>128</sup> *Ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 10.4.2024, n. 14725; Cass. pen., Sez. III, 30.10.2019, n. 10694; Cass. pen., Sez. III, 19.2.2015, n. 7429; Cass. pen., Sez. III, 5.6.2014, n. 23532.

<sup>129</sup> Cfr. G. Amarelli, *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte*, cit., 1162; O. Mazza, *Crisi di liquidità e crisi di legalità nell'accertamento dei reati di omesso versamento dei tributi*, in *RT*, 2015, 420. Parzialmente diversa la posizione di G. Toscano, *Crisi di liquidità esogene e delitti di omesso versamento*, cit., 564 s., che ritiene invece maggiormente problematico il requisito dell'involontarietà del pericolo e G. Flora, *Crisi di “liquidità” ed omesso versamento di ritenute e di IVA: una questione davvero chiusa?*, cit., 922, che fa riferimento all'attualità del pericolo o alla non evitabilità altrimenti come fattori più problematici per l'applicazione della disposizione *de qua*.

<sup>130</sup> Così A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 618 ss., che pure proponeva una soluzione fondata sui principi giuridici espressi nella nota sentenza della Corte costituzionale 1085/1988 in merito al furto d'uso; R. Alagna, *Crisi di liquidità dell'impresa*, cit., 235 s.; L. Troyer, A. Ingrassia, *I delitti di omesso versamento ai tempi della crisi*, cit., 977; M. D'Avirro, *op. cit.*, 1966; S. Cavallini, *L'omesso versamento di IVA*, in R. Bricchetti, P. Veneziani (a cura di), *I reati tributari*, cit., 351; O. Mazza, *op. cit.*, 421; F. Consulich, *op. cit.*, 1373. Più sottile è la ricostruzione di G. Flora, “*Non avrai altro creditore all'infuori di me!*”, cit., 9 ss., spec. 13 che riconduce la questione al conflitto di doveri sopra descritto assegnandogli però rilievo scusante legato a doppio filo proprio con la categoria dogmatica dell'inesigibilità.

<sup>131</sup> V. *supra* note 100 e 101.

<sup>132</sup> È noto che anche all'art. 54 Cp può essere data efficacia scusante piuttosto che scriminante: le tesi sono, da questa prospettiva, contigue tra loro ma la seconda ha il pregio di non fare affidamento sulla rigidità delle condizioni richieste dallo stato di necessità. Per l'inquadramento della norma codicistica tra causa di esclusione dell'antigiuridicità o colpevolezza, v. T. Padovani, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *RIDPP*, 1987, 814 s.; F. Viganò, *op. cit.*, 362 ss.; E. Mezzetti, *Necessitas non habet legem! Sui confini tra “impossibile” e “inesigibile” nella struttura dello stato di necessità*, Torino 2001, 183 ss.

<sup>133</sup> Il riferimento è all'analisi di M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., 61.

<sup>134</sup> La ricostruzione si basa sempre sull'inquadramento teorico di M. Romano, *ult. op. cit.*, 62, che riferisce il discorso al favoreggiamento personale di un prossimo congiunto. Ci sembra peraltro che la questione sia legata altresì al principio rieducativo, come pure acutamente colto da G. Flora, “*Non avrai altro creditore all'infuori di*



La ricostruzione così operata ci sembra essere legata a doppio filo con il rinnovato interesse per la cd. “inesigibilità”, quale «limite logico»<sup>135</sup> dell’ordinamento volto a delimitare l’area penalmente rilevante ai soli comportamenti, appunto, “umanamente esigibili”, espungendo dall’area di rilevanza penale le condotte tenute in circostanze concrete che non consentono «di uniformare la condotta al precetto»<sup>136</sup>. A fronte infatti di un’apertura della Corte di Cassazione al riconoscimento di tale categoria in relazione a una nota pronuncia in merito all’art. 384 Cp<sup>137</sup> – nonché, ci sembra, alle recenti linee evolutive del diritto al silenzio<sup>138</sup> –, la tipizzazione espressa della crisi si presta a costituire una specificazione espressa del principio<sup>139</sup>, dando così anche ascolto alle non poche voci dottrinali da sempre contrarie al riconoscimento di una clausola generale implicita immanente nel sistema penale<sup>140</sup>. È pur vero che circa la riconduzione della inesigibilità nell’ambito della colpevolezza non vi è ancora unità di vedute<sup>141</sup>; nondimeno, per i motivi sopra tratteggiati, si può certamente affermare che la “scusante” così intesa si presti a costituire il corretto incasellamento dogmatico della nuova disposizione, con tutto ciò che ne consegue sul piano applicativo<sup>142</sup>.

7. Come si è anticipato, prima di affrontare le modifiche in tema di cumuli sanzionatori, conviene tratteggiare per sommi capi anche le modifiche al sistema punitivo amministrativo, fortemente ridimensionato dalla riforma in esame. Non pare infatti ultroneo affermare che proprio in tali modifiche sia maggiormente evidente l’anima equitativa del d.lgs. 87/2024 o, quantomeno, che il livello di afflittività del sistema aveva raggiunto un limite non più

---

me!”), cit., su cui v. nota 124. Per una diversa possibile ricostruzione, v. pure A. Cavaliere, *Riflessioni dottrinarie e politico criminali sulle cause soggettive di esclusione della responsabilità nello schema di delega legislativa per la riforma del codice penale*, in *RIDPP*, 1994, 1479 ss. spec. 481, nota 14, che sembra collocare le scusanti tra anti giuridicità e colpevolezza rifacendosi parzialmente alla distinzione di diritto tedesco tra cause di esclusione della colpevolezza e cause scusanti.

<sup>135</sup> Il riferimento è a M. Zanotti, “Nemo tenetur se detegere”: *profili sostanziali*, in *RIDPP*, 1989, 175, che riferisce però l’espressione al *nemo tenetur* quale precipitato di un più generale principio di inesigibilità.

<sup>136</sup> Cit. da T. Padovani, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, cit., 815, che comunque richiede sempre che tale situazione sia tipizzata.

<sup>137</sup> Il riferimento è alla nota Cass. pen., Sez. Un., 26.11.2020, n. 10131, su cui, con diversità di accenti circa il riconoscimento di un generale principio di inesigibilità inespresso che sarebbe in astratto capace di fondare la non colpevolezza dell’agente anche al di fuori di una sua traduzione positiva, F. Palazzo, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza “giusta” più che ardita*, in *www.sistemapenale.it*, 22.3.2021; S. Fiore, *Non aspettare più Godot. Il problema dell’applicazione analogica delle scusanti e il nuovo protagonismo delle Sezioni Unite*, in *AP*, 2021, 1 ss. Prendendo spunto proprio da tale decisione, v. anche il recente saggio di D. Falcinelli, *Elogio dell’inesigibilità. Le scusanti come metodo di scrittura costituzionale dell’illecito penale*, in *RIDPP*, 2021, 896 ss.

<sup>138</sup> Riferimenti in E. Amati, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio*, Torino, 2022.

<sup>139</sup> Posizione auspicata a questo riguardo già da F. Consulich, *op. cit.*, 1401 s.

<sup>140</sup> Di questo avviso, già T. Padovani, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, cit., 815; M. Romano, *Giustificazione e scusa nella liberazione da particolari situazioni di necessità*, in *RIDPP*, 1991, 43. In relazione proprio alla crisi di impresa nel settore penale tributario, critici a riconoscere valenza a una causa di inesigibilità extra-legale erano A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 523 ss.; G. Toscano, *Crisi di liquidità esogene e delitti di omesso versamento*, cit., 568.

<sup>141</sup> Autorevolmente di quest’opinione è G. Vassalli, *voce Colpevolezza*, cit., 21. Nello stesso senso, A. Cavaliere, *op. cit.*, 1482 ss., spec. nota 16; v. anche D. Falcinelli, *Elogio dell’inesigibilità*, cit., 907 ss., con riferimento proprio all’art. 27 Cost. Oltre la diversa ricostruzione di A. Sereni sopra citata (nota 124), in senso diverso v. per tutti il lavoro monografico di G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1994, spec. 344 ss. che qualifica l’inesigibilità come “limite alla pretesa statale all’obbedienza” e, come tale, suscettibile di operare anche sul piano oggettivo della tipicità o anti giuridicità, venendo in tal caso meno il disvalore associato al comportamento, appunto, inesigibile.

<sup>142</sup> Cfr. M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, cit., 67 s. e 70 s. in tema di concorso di persone ed errore.

tollerabile, cui era quindi doveroso porre rimedio<sup>143</sup>. Senza dunque pretesa di esaustività, è utile ripercorrere il generale *restyling* operato dagli artt. 2 ss. della riforma, che acquista rilevanza in ottica penalistica nelle due diverse prospettive, tra loro collegate, della natura degli illeciti amministrativi tributari e della proporzionalità complessiva della risposta sanzionatoria dell'ordinamento.

Il punto di partenza è infatti la riconduzione delle suddette sanzioni nell'alveo della *matière pénale*<sup>144</sup>, secondo i noti criteri di Engel, su cui ormai c'è una generale unità di vedute<sup>145</sup>. Dall'applicazione dello statuto di garanzie che ne consegue, deriva dunque anche la necessità di saggiare la resistenza di tali illeciti ad alcune censure cui certamente si sarebbero esposti qualora avessero vestito una diversa "etichetta", *in primis* il rispetto del principio di proporzionalità<sup>146</sup>.

È noto infatti che il dibattito sul punto ha trovato terreno fertile nel nostro ordinamento: la spinta europea, declinata soprattutto all'interno della giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>147</sup>, si è infatti dovuta confrontare con cornici edittali tra le più alte dell'Unione<sup>148</sup> e ha infine portato a una sentenza interpretativa di rigetto della Consulta che ha valorizzato oltremodo il suddetto principio<sup>149</sup>. Di qui, dunque, l'indicazione per il Legislatore delegato di «migliorare

<sup>143</sup> Per tutti v. G. Melis, *Le sanzioni amministrative tributarie nella legge di delega*, cit., 502 s.

<sup>144</sup> Nella sterminata bibliografia sulla materia, v. per tutti Fr. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Torino 2017, spec. 26 ss. in relazione alla centralità dello scopo della sanzione quale tratto caratterizzante della "penalità" in senso lato, secondo un insegnamento che risale al commento alla sentenza C. Eur. Dir. Uomo, *Ozturk c. Germania* di C.E. Paliero, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" e una svolta radicale, in *RIDPP*, 1985, 894 ss. Cfr. anche L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018; M. Donini, L. Foffani (a cura di), *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino 2018; S. Manacorda, *Materia penale*, in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, cit., 1669 ss.

<sup>145</sup> Nella giurisprudenza convenzionale, per citarne solo alcune: C. Eur. Dir. Uomo, 20 maggio 2014, ricorso n. 35232/11, *Pirtmäki c. Finlandia*, parr. 45 ss.; *Nykänen c. Finlandia*, cit., parr. 38 ss.; 18 maggio 2017, ricorso n. 22007/11, *Johannesson e a. c. Islanda*, parr. 43 s. In dottrina, v. A. F. Tripodi, *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, cit., 57; A. Giovannini, *Il ne bis in idem sostanziale*, in A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri (a cura di), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, cit., 1270; G. Marino, *La metamorfosi della sanzione amministrativa tributaria: dalla teoria della afflittività alla pratica della premialità (nell'insegnamento di Giuseppe Dragonetti)*, in *DPT*, 2022, 1158 ss.; L. Peverini, *Favor rei e abolizione della punibilità nel sistema delle sanzioni amministrative tributarie: tra contrasti giurisprudenziali e la recente ordinanza interlocutoria per la rimessione alle Sezioni Unite*, in *DPT*, 2022, 1031.

<sup>146</sup> V. sul punto L. Peverini, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni amministrative*, in *Il Fisco*, 2023, 2130 ss. Per l'applicazione "a geometria variabile" del principio di proporzionalità della sanzione, v. anche F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *RIDPP*, 2020, 1801 ss.

<sup>147</sup> Il riferimento è alla nota Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 8.3.2022, C-205/20, *NE*, in materia di applicazione diretta dell'art. 49 CDFUE, su cui v. in materia tributaria E. Traversa, *Sanzioni sproporzionate. La sentenza europea che "mina" decine di norme*, in *Il Sole 24 Ore*, 20.4.2022 e, in generale, F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione Europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 26.4.2022; M. Pelissero, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti europolitane sul principio di legalità delle pene*, in *DPP*, 2023, 10, 1359 ss. Per un quadro sulla giurisprudenza tributaria italiana, v. anche C. Buccico, *L'applicazione del principio di proporzionalità alle sanzioni tributarie*, in *DPTI*, 2020, 946 ss.

<sup>148</sup> Riferimenti in G. Melis, *Le sanzioni amministrative tributarie nella legge di delega*, cit., 509.

<sup>149</sup> Cfr. Corte cost., 17.3.2023, n. 46 con nota di R. Cordeiro Guerra, *Sanzioni tributarie draconiane e principio di proporzionalità*, in *CT*, 2023, 749 ss. che ha infatti dichiarato non costituzionalmente illegittimo l'art. 7, comma 4, d.lgs. 472/1997 anteriforma se interpretato nel senso che permette la riduzione della sanzione fino alla metà del minimo edittale in caso di mancanza di intento evasivo e attivazione del contribuente per regolarizzare la propria posizione, realizzandosi altrimenti una sfasatura non giustificabile tra disvalore di condotta e risposta punitiva.

la proporzionalità delle sanzioni tributarie, attenuandone il carico e riconducendolo ai livelli esistenti in altri Stati europei»<sup>150</sup>.

La traduzione positiva del criterio si è risolta in un condivisibile e generale abbattimento delle forbici edittali dei diversi illeciti amministrativi, ridimensionate per lo più in una misura percentuale fissa, più bassa del precedente minimo. Se per il penalista questo potrebbe *prima facie* rappresentare un campanello d'allarme, considerata la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di pene fisse<sup>151</sup>, non sembra però potersi sostenere l'incostituzionalità di una simile scelta. In primo luogo, è infatti recepita una prassi dell'Agenzia delle Entrate, che di solito applica sempre la sanzione nel minimo, incurante dei criteri di cui all'art. 7 d.lgs. 471/1997<sup>152</sup>. Inoltre, il sistema punitivo amministrativo prevede correttivi, come quelli analizzati in materia di indebita compensazione, che permettono l'aumento della sanzione in caso di condotte connotate da un maggior disvalore o un suo ulteriore abbattimento, tendenzialmente in presenza di comportamenti proattivi del contribuente<sup>153</sup>.

Ancora, meritano attenzione alcune delle modifiche intervenute sul d.lgs. 472/1997, volte a restaurare la "parte generale" nella medesima direttrice. In particolare, pare qui opportuno richiamare la positivizzazione dei principi di proporzionalità e offensività quali criteri cui è improntata la materia delle violazioni amministrative e la nuova formulazione dell'art. 7 citato, relativo alla commisurazione della sanzione. Anche dunque volendo tralasciare le innovazioni *in melius* in materia di concorso formale, continuazione e recidiva, è certamente possibile affermare che il sistema punitivo tributario esce grandemente ridimensionato dalla riforma, mostrandosi in definitiva più coerente con i principi generali dell'ordinamento.

Un'ultima notazione sul punto va però svolta con riferimento agli effetti intertemporali delle suddette modifiche. L'art. 5 d.lgs. 87/2024 afferma infatti perentoriamente che le disposizioni sopra richiamate si applicano solo per le violazioni commesse a partire dal 1° settembre 2024, negando l'efficacia retroattiva della *lex mitior*, che trova riconoscimento, in questo settore, nell'art. 3 d.lgs. 472/1997. Considerata la pacifica natura penale degli illeciti<sup>154</sup>, la norma transitoria rischia di esporsi a censure di illegittimità costituzionale, inserendosi nel vivo dibattito circa l'applicazione della legge successiva più favorevole anche alle sanzioni amministrative a contenuto punitivo<sup>155</sup>.

Ora, è noto che la giurisprudenza della Consulta ha subito, *in parte qua*, una considerevole evoluzione, il cui punto di approdo può essere così sintetizzato. Secondo l'interpretazione attuale, non è possibile individuare nell'art. 25 Cost. la norma che fonda l'obbligo di applicare la retroattività *in mitius*, rinvenibile invece nel combinato disposto degli artt. 3 e 117 Cost., in relazione all'art. 7 CEDU<sup>156</sup>. Tale presa di posizione rende quindi la *regula iuris* derogabile

<sup>150</sup> V. art. 20, comma 1, lett. c), n. 1) l. 111/2023

<sup>151</sup> Per tutti F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, Torino 2021, 75 e 208 ss.

<sup>152</sup> Ulteriori riferimenti in G. Melis, *Le sanzioni amministrative tributarie nella legge di delega*, cit., 511.

<sup>153</sup> Cfr. le diverse modifiche operate dall'art. 2 del d.lgs. 87/2024, che non è qui possibile ripercorrere analiticamente.

<sup>154</sup> La natura convenzionalmente penale è ovviamente la premessa maggiore per l'applicazione della garanzia, come rimarcato dalla stessa Corte cost., 20.7.2016, n. 193, che ha infatti negato un intervento additivo sull'art. 1 l. 689/1981 generalizzato a tutte le sanzioni amministrative, proprio perché ha ritenuto necessaria una preventiva valutazione sulla qualificazione punitiva delle sanzioni. La tematica è qui data per scontata: oltre ai riferimenti citati nella nota 144, lo stesso art. 3 d.lgs. 472/1997 riconosce la necessità di applicare la legge successiva più favorevole anche per gli illeciti tributari.

<sup>155</sup> Sulla questione v. per tutti F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., 1797 ss. e Fr. Mazzacava, *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, in *DPP*, 2020, 417 ss., spec. 423 ss.

<sup>156</sup> Cfr. la citata Corte cost., 20.7.2016, n. 193, che per prima afferma il "vaglio positivo di ragionevolezza" cui deve essere saggiata l'eventuale deroga del Legislatore. A commento della decisione, v. per tutti M. Scoletta,

dal Legislatore, nei limiti della ragionevolezza posti dalla medesima disposizione della Carta Fondamentale, in presenza di ulteriori interessi costituzionalmente rilevanti che confliggano con la necessità di applicare una sanzione proporzionata al mutato disvalore del fatto espresso dalle modifiche normative<sup>157</sup>. La risoluzione della questione non dipende dunque dall'applicabilità astratta del principio alla materia *de qua*, che invero ci pare pacifica, quanto piuttosto dal delicato bilanciamento con l'imperante ragion fiscale *ex* 53 Cost. e, come scandito dalla relazione illustrativa in un'ampia *excusatio non petita*, con l'interesse all'equilibrio del bilancio dello Stato, nel quale le entrate dovute in base alle previgenti cornici edittali sono state già contabilizzate<sup>158</sup>.

Si tratta quindi di un *hard case*, per la cui risoluzione sono prospettabili diverse alternative. Da un lato, infatti, l'applicazione della normativa previgente più sfavorevole risulta effettivamente idonea e necessaria ad assicurare un maggiore gettito fiscale; dall'altro lato, se tale compressione di un diritto fondamentale superi anche il test di proporzionalità in senso stretto ci pare tutt'altro che scontato<sup>159</sup>.

Nondimeno, il noto carattere "particolarista" della materia non depone a favore di una prognosi di incostituzionalità della decisione. Basti infatti ricordare che fino a tempi relativamente recenti le stesse norme formalmente penali godevano, *ex* art. 4 l. 9 gennaio 1929, di efficacia ultrattiva, in deroga all'art. 2 Cp; disciplina sempre fatta salva dalla Consulta proprio per l'esigenza di potenziare l'apparato repressivo a fini fiscali, nonostante le ancor più evidenti tensioni con l'art. 3 Cost.<sup>160</sup>

---

*Materia penale e retroattività favorevole: il "caso" delle sanzioni amministrative*, in GC, 2016, 1401 ss. V. poi Corte cost., 22.7.2011, n. 236 e soprattutto Corte cost., 21.3.2019, n. 63 annotata da M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2.4.2019 e F. Consulich, *La materia penale: totem o tabù? Il caso della retroattività in mitius della sanzione amministrativa*, in DPP, 2019, 467 ss., relativa alla prima dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma transitoria che escludeva l'applicazione della *lex mitior* per illeciti amministrativi punitivi, pur riprendendo il generale principio espresso nella citata pronuncia 193/2006. Il riferimento all'art. 7 CEDU deve ovviamente essere letto alla luce del noto caso Scoppola c. Italia 2007, su cui v. M. Gambardella, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in CP, 2010, 2020 ss.; C. Pecorella, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in RIDPP, 2010, 397 ss. e riferimenti ivi citati.

<sup>157</sup> In questi termini, ad esempio, si inquadra il giudicato: per una critica sul punto, anche con ulteriori riferimenti, Fr. Mazzacova, *Le pene nascoste*, cit., 262 ss.; Id., *L'estensione attuale dei principi di irretroattività e di retroattività della legge favorevole*, cit., 424.

<sup>158</sup> Relazione illustrativa al d.lgs. 87/2024, 27 ss., che individua quindi nell'art. 81 Cost. la norma che darebbe adeguata copertura costituzionale alla deroga.

<sup>159</sup> Si fa qui ovvio riferimento al giudizio di bilanciamento cui fa ricorso il giudice delle leggi: per ulteriori riferimenti, v. *ex multis* G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, 270 ss.; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001, 202 ss.; G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna 2018, 141 ss.; M. Olivetti, *Diritti fondamentali*, Torino 2018, 130 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost., 9.5.2013, n. 85 e Corte cost. 23.2.2016, n. 63, spec. par. 6, ult. cpv. del considerato in diritto.

<sup>160</sup> Cfr. Corte cost., 16 gennaio 1978, n. 6, che ritiene espressamente ragionevole il trattamento maggiormente rigoroso riservato a tali illeciti in ragione del fatto che «tende a garantire il puntuale assolvimento degli obblighi tributari, ai quali i cittadini sono tenuti in adempimento di uno dei doveri inderogabili di solidarietà nazionale che ad essi competono e dai quali dipende, in misura crescente, l'operatività e l'esistenza stessa dello Stato moderno». Sul punto, in chiave critica, v. A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 40 s., nota 4, nonché R. Alagna, *La legge penale tributaria nel tempo: tra eccezioni legislative e forzature interpretative*, in DPC, 2013, 1, 55 ss. spec. 58 s., che riassume altresì le diverse posizioni espresse dalla dottrina del tempo.

8. Da ultimo, occorre quindi concentrare l'attenzione sulle modifiche al regime del doppio binario, da tempo in tensione con l'interpretazione del principio del *ne bis in idem* fornito dalle Corti sovranazionali<sup>161</sup>. È noto infatti che nel nostro ordinamento convivano due diversi – e finora piuttosto scollegati – rami di *enforcement*, che insistono, con sanzioni di diversa natura, sulla medesima violazione. Una volta però ammesso il carattere punitivo degli illeciti amministrativi, il passaggio logicamente successivo impone di verificare la legittimità di una simile scelta punitiva al metro del principio suindicato, che pure ha conosciuto negli ultimi anni numerose attenzioni.

In breve, secondo il già richiamato approccio “a geometria variabile” che caratterizza l'applicazione dello statuto di garanzie penalistiche agli illeciti di natura formalmente diversa, l'attuale standard di giudizio impone di saggiare la sostenibilità del cumulo al metro di una valutazione casistica, che tenga conto della “connessione sostanziale e temporale” dei due procedimenti<sup>162</sup>. In particolare, ai fini di accertare la sussistenza di tale legame, si dovrebbe tener conto di quattro noti indici: a) la complementarità degli scopi dei due procedimenti di modo che ciascuno si focalizzi, non solo in astratto ma anche in concreto, su aspetti differenti della condotta antisociale oggetto dei procedimenti; b) la prevedibilità del *dupliciter*; c) il coordinamento processuale, in modo da evitare il più possibile una duplicazione nella raccolta e valutazione delle prove e l'interazione tra le diverse Autorità di fronte le quali è portato avanti il cumulo; d) «*above all*», la proporzionalità complessiva del trattamento sanzionatorio, in particolare valutando se la sanzione irrogata all'esito del primo procedimento sia stata presa in considerazione dal giudice del secondo<sup>163</sup>.

Al di là delle possibili critiche a ciascuno di tali parametri, si può in ogni caso affermare che se per le sanzioni formalmente penali dovrebbe dunque valere una versione “forte” della

<sup>161</sup> Sugli aspetti generali di tali modelli di *enforcement*, v. A.F. Tripodi, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Torino 2022, 59 ss. Per un quadro più completo anteriforma in questo settore, v. già M. Scoletta, *Crisi e splendore del doppio binario. Vincoli di interpretazione conforme, profili di illegittimità costituzionale e aporie sistematiche nel vigente assetto punitivo degli illeciti tributari*, in *RDT*, 2023, 1 ss. e, volendo, G. Ardizzone, *Il “volto attuale” del ne bis in idem europeo nel sistema penal-tributario*, in *DPC*, 2022, 213 ss. Per un primo commento alla riforma su questo versante, v. già A.F. Tripodi, *Prime osservazioni sulla riforma fiscale nella prospettiva del ne bis in idem europeo*, in *Discrimen*, 2.10.2024, 1 ss.

<sup>162</sup> Si fa qui ovviamente riferimento al giudizio della Corte EDU; è pur vero che la Corte costituzionale ha svolto in astratto questo accertamento sulla base della legislazione vigente e la stessa Corte di Cassazione aveva valorizzato le norme di coordinamento esistenti tra i due “binari” per legittimare la risposta punitiva doppia: cfr., per il settore tributario, Corte cost., 24 ottobre 2019, n. 222, con nota di M. Scoletta, *Legittimità in astratto e illegittimità in concreto del doppio binario punitivo in materia tributaria al cospetto del ne bis in idem europeo*, in *GI*, 2019, 2609 ss. e Cass. pen. Sez. III, 14 gennaio 2021, n. 4439 con nota di L. Troyer, *Ne bis in idem e reati tributari: la Corte di Cassazione valuta concretamente legittimo il doppio binario sanzionatorio in tema di dichiarazione infedele*, in *RDC*, 2021, 2, 272 ss. Più di recente, sulla base del medesimo giudizio astratto, la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il doppio binario in materia di diritto d'autore, peraltro valorizzando la dimensione processuale “originaria” della garanzia. Cfr. Corte cost., 10 maggio 2022, n. 149 annotata, tra gli altri, da S. Seminara, *Il divieto di bis in idem: un istituto inquieto*, in *DPP*, 2022, 11, 1381 ss.; N. Recchia, *L'ennesima stagione del ne bis in idem nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo ubi consistam processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *RIDPP*, 2022, 4, 1676 ss.; J. Della Valentina, *Il paradigma del ne bis in idem tra proporzionalità assorbente, rinnovata concezione processuale e overlapping protection*, in *www.sistemapenale.it*, 24.11.2022; L. Bin, *Ne bis in idem europeo vs. controllo di razionalità interno di un doppio binario sanzionatorio*, in *GC*, 2022, 1599 ss.

<sup>163</sup> Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, *A e B c. Norvegia*, parr. 132 s. Si fa qui riferimento alla “connessione sostanziale”, ma è risaputo che viene presa in considerazione altresì la contiguità temporale tra i due procedimenti. Come noto, tale interpretazione è stata sostanzialmente avallata anche dalla CGUE in relazione all'art. 50 CDFUE e ampiamente utilizzata dalla giurisprudenza nazionale per salvaguardare i sistemi di questo tipo in vigore nel nostro ordinamento. Sul punto, v. per tutti A.F. Tripodi, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., 170 ss. e 200 ss.

garanzia tutta orientata su lato processuale del divieto di duplicazione procedimentale, il suo adattamento nell'ambito della *matière pénale* ha generato un ibrido focalizzato sul lato sostanziale della proporzionalità complessiva del trattamento sanzionatorio, che funge da indice di connessione più importante<sup>164</sup>.

Ora, è noto che il d.lgs. 74/2000 configuri un tipo particolare di doppio binario, denominato “alternativo”<sup>165</sup>, per cui pur a fronte della celebrazione di due procedimenti, l'autore della violazione dovrebbe sopportare, infine, una sola sanzione. Dal combinato disposto degli artt. 19 e 21, infatti, emerge che la sanzione amministrativa, ancorché irrogata, dovrebbe rimanere ineseguibile in caso di condanna penale, *purché* il giudice riconosca il rapporto di specialità tra i due illeciti<sup>166</sup>. Il Legislatore, in altri termini, ha inteso utilizzare l'*enforcement* tributario quale assicurazione della non impunità del contribuente, che avrebbe potuto essere assolto in sede penale per difetto di dolo o mancato raggiungimento della soglia di punibilità, circostanze irrilevanti per l'accertamento della violazione finanziaria compiuto dall'Agenzia delle Entrate. Tutto ciò, al “prezzo” della duplicazione procedimentale, che si sarebbe però dovuta risolvere, appunto, nell'applicazione di un'unica misura punitiva.

Il sistema dunque si affidava all'operare del principio di specialità infra-sistematico, che, stante l'interpretazione del *ne bis in idem* di cui si è sommariamente dato conto, poteva in realtà già essere idoneo ad assicurare la conformità del nostro ordinamento alle indicazioni sovranazionali. Nella prassi, si è però dimostrato un argine insufficiente all'espansione della potestà punitiva: la giurisprudenza di legittimità è infatti giunta a una sostanziale *interpretatio abrogans* dell'art. 19 d.lgs. 74/2000<sup>167</sup>, finendo per applicare entrambe le sanzioni e valorizzando meccanismi di compensazione “impropri” come gli istituti premiali connessi al pagamento del debito tributario che si sono sopra tratteggiati<sup>168</sup>. A fronte di questo quadro

<sup>164</sup> Sui rapporti tra le due “anime” del *ne bis in idem*, v. G. Ranaldi, F. Gaito, *Introduzione allo studio dei rapporti tra ne bis in idem sostanziale e processuale*, in *AP*, 2017, 1 ss.; C. Silva, *Ne bis in idem sostanziale: la faticosa emersione di un principio*, in *GI*, 2019, 1465 e, più di recente, I. Giacona, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino 2022, 151 ss. È pur vero che la nostra Corte costituzionale sembra aver da ultimo valorizzato il versante processuale della garanzia anche nei sistemi a doppio binario (v. Corte cost. 149/2022 citata *supra*) e che la stessa Corte EDU ha spesso censurato, anche dopo *A e B c. Norvegia*, i doppi procedimenti avvenuti negli Stati Membri del Consiglio d'Europa a prescindere dalla proporzionalità della sanzione, formalmente in base al mancato rispetto degli altri indici ma sostanzialmente operando un giudizio di bilanciamento tra l'interesse perseguito dal cumulo punitivo e il sacrificio subito dall'individuo sul piano processuale. Per una rassegna, v. A.F. Tripodi, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., 140 ss. e, volendo, anche G. Ardizzone, *The ne bis in idem principle in the age of balancing*, in *EP*, 2023, 866 ss.

<sup>165</sup> La definizione è di A.F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *RIDPP*, 2017, 1055.

<sup>166</sup> Cfr. artt. 19 e 21 del d. lgs. 74/2000.

<sup>167</sup> Con riferimento ai delitti di omesso versamento di ritenute e omesso versamento IVA di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs. 74/2000 e l'illecito amministrativo di cui all'art. 13, commi 1 e 3, del d.lgs. 471/1997, v. Cass. pen., Sez. Un., 28.3.2013, n. 37424 e n. 37425, già citate, il cui principio di diritto è stato più volte ribadito dalle sezioni semplici. Cfr. Cass. pen., Sez. III, 11.2.2015, n. 19334; Cass. pen., Sez. III, 21.4.2016, n. 25815; Cass. pen., Sez. III, 23.1.2018, n. 38594. Allo stesso modo, è stato escluso il rapporto di specialità tra il delitto di indebita compensazione di cui all'art. 10-*quater* d.lgs. 74/2000 e il rispettivo illecito amministrativo prima previsto dall'art. 27, comma 18, del d.l. 185/2008, poi trasfuso nell'art. 13, commi 4 e 5, del d.lgs. 471/1997 a seguito del d.lgs. 158/2015 e infine ritoccato proprio dalla riforma qui commentata: cfr. Cass. pen., Sez. III, 8.5.2014, n. 30267; Cass. pen., Sez. III, 1.12.2017, n. 29871. Per quel che riguarda invece il delitto di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 del d.lgs. 74/2000 e gli illeciti amministrativi di cui agli artt. 1, comma 2, del d.lgs. 471/1997 (in materia di imposte dirette) e art. 5, comma 4, del medesimo *corpus* normativo (in materia di IVA): Cass. pen., Sez. III, 15.10.2021, n. 2245. Per una critica sul punto, si rinvia a A. Vallini, *Il principio di specialità*, in A. Giovannini, A. Di Martino, E. Marzaduri (a cura di), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, cit., 291 ss.

<sup>168</sup> Cfr. *supra*, nota 162 con riferimento alla giurisprudenza di legittimità e costituzionale ivi richiamata. Sui «meccanismi di compensazione indiretta», si rinvia a A.F. Tripodi, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., 247 ss.

applicativo, l'onda lunga dei precipitati sovranazionali in materia di *ne bis in idem* ha dunque reso necessario intervenire in via legislativa.

In particolare, vengono qui in rilievo tre diversi criteri della legge di delega. Il primo prevedeva di «razionalizzare il sistema sanzionatorio amministrativo e penale, anche attraverso una maggiore integrazione tra i diversi tipi di sanzione, ai fini del completo adeguamento al principio del *ne bis in idem*». Gli altri due, a ciò funzionali in virtù del criterio di collegamento processuale cui si è sopra accennato, imponevano invece di «rivedere i rapporti tra il processo penale e il processo tributario prevedendo, in coerenza con i principi generali dell'ordinamento, che, nei casi di sentenza irrevocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, i fatti materiali accertati in sede dibattimentale facciano stato nel processo tributario quanto all'accertamento dei fatti medesimi...» e, come già analizzato, di «attribuire specifico rilievo alle definizioni raggiunte in sede amministrativa e giudiziaria ai fini della valutazione della rilevanza penale del fatto»<sup>169</sup>.

Il Legislatore delegato è quindi intervenuto su due diversi versanti: a) sul lato sostanziale, in tema di commisurazione della sanzione che interviene per seconda, al fine di assicurare la proporzionalità del cumulo; b) sul lato processuale, per rafforzare la coesione tra i due procedimenti ai fini dell'accertamento della loro "connessione materiale". Nel fare ciò, ha altresì esteso il meccanismo pensato per le persone fisiche anche agli enti collettivi responsabili di reati tributari *ex d.lgs. 231/2001*, che prima della riforma non potevano giovare nemmeno degli esili meccanismi di coordinamento già in vigore<sup>170</sup>.

8.1 Partendo quindi dalle modifiche sul lato sostanziale, una prima notazione riguarda la scelta di non abrogare il citato meccanismo incentrato sul principio di specialità, che rimane dunque il primo presidio contro la duplicazione sanzionatoria. Infatti, il principio in questione si applica oggi anche agli enti collettivi, originariamente esclusi dalla sua portata applicativa per evitare effetti criminogeni dovuti all'ineseguibilità della sanzione tributaria superata la soglia di rilevanza penale della violazione<sup>171</sup>.

Per conseguire tale risultato, si è però scelta una via non propriamente lineare. Il previgente art. 19, infatti, manteneva ferma la responsabilità per la sanzione amministrativa dei «soggetti indicati nell'art. 11 d.lgs. 472/1997», che contemplava appunto gli enti nel cui interesse o vantaggio aveva agito l'autore della violazione. L'art. 3, comma 1, lett. a) ed e) d.lgs. 87/2024 ha invece espunto il richiamo ai soggetti collettivi dalla suddetta norma, ora relativa solo a dipendenti o rappresentanti legali di una persona fisica e, al contempo, ha disciplinato la responsabilità delle società per le violazioni tributarie nel nuovo comma 2-*bis* dell'art. 2 d.lgs. 472/1997. Relativamente agli enti, la modifica ha reso dunque inconferente il riferimento al

<sup>169</sup> Cfr. art. 20, comma 1, lett. a), n. 1 e 3) e lett. b) n. 2) l. 111/2023.

<sup>170</sup> Il tema era ben noto a quella parte della dottrina che si era occupata della questione: v. già P. Veneziani, *Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario*, in *CP*, 2020, 3086 ss., spec. 3103 s.; M. Bellacosa, *I reati tributari e di contrabbando*, in G. Lattanzi, P. Severino (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. I, Torino 2020, 622 ss.; A. Perini, *Responsabilità degli enti e reati tributari, tra eccesso di delega e aporie di sistema*, in in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, cit., 1159 ss. V. pure le considerazioni di M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi "a doppio binario"*, in *DPC*, 2021, 195 ss. che arrivava finanche a prospettare una questione di legittimità costituzionale sulla questione. Per altre considerazioni critiche sul punto, volendo, v. anche G. Ardizzone, *Il "volto attuale" del ne bis in idem nel sistema penal-tributario*, cit., 236 s.

<sup>171</sup> Così già A. Perini, *Brevi considerazioni in merito alla responsabilità degli enti conseguente alla commissione di illeciti fiscali*, in *RASE*, 2006, 85, nonché A.F. Tripodi, *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 28.10.2020, 11. Sul punto, v. anche A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi*, cit., 232 ss.

citato art. 11 contenuto nell'art. 19 d.lgs. 74/2000, che è stato quindi riformulato, in verità, in modo non cristallino.

La norma infatti, oltre a continuare a far rispondere della sanzione amministrativa i soggetti indicati dall'art. 11 d.lgs. 472/1997, dispone oggi che resti altresì «ferma la responsabilità degli enti e società prevista dall'articolo 21, comma 2-*bis*», contestualmente introdotto della riforma, che estende il descritto meccanismo di ineseguitabilità anche alle persone giuridiche tramite un ulteriore rinvio al comma 2 del medesimo articolo.

Ne risulta un quadro normativo abbastanza disorganico, che deve essere ricostruito nel senso che, nonostante permanga la responsabilità in sede tributaria degli enti anche al ricorrere della specialità di illeciti, la relativa sanzione può essere “congelata” quando per gli stessi fatti è possibile avviare un procedimento 231, sempre alla condizione del riconoscimento del suddetto rapporto tra le fattispecie astratte. Probabilmente, l'infelice tecnica normativa scelta mirava a scongiurare il rischio di paralisi dell'*enforcement* tributario a fronte di una violazione penalmente rilevante ma che non fosse qualificabile come reato presupposto per la responsabilità degli enti, al fine di mantenere ferma, da un lato, la risposta penale per la sola persona fisica e, dall'altro, la sanzione amministrativa per la sola persona giuridica<sup>172</sup>. La *regula iuris* di nuovo conio deve dunque essere letta nel senso di permettere l'applicazione dell'art. 21 d.lgs. 74/2000 al ricorrere della specialità solo in presenza di due procedimenti a carico del medesimo soggetto.

Sul punto, è bene precisare altresì che la riforma ha così aperto le porte a un possibile riconoscimento della specialità tra illecito 231 e reato, che fonderebbe la non esecutività della sanzione tributaria. Ora, è vero che parte della dottrina aveva prospettato una simile soluzione proprio in relazione ai sistemi a doppio binario<sup>173</sup>; tuttavia, se la giurisprudenza prevalente è particolarmente restia a riconoscere tale rapporto tra delitti e illeciti amministrativi, si può ragionevolmente ritenere che, *a fortiori*, si registrerà più d'una resistenza con riferimento agli enti.

In secondo luogo, considerata la poca fortuna del principio di specialità nella prassi giudiziaria, è stato altresì inserito nel d.lgs. 74/2000 il nuovo art. 21-*ter* che prevede un particolare meccanismo di compensazione sanzionatoria cui è in definitiva affidata la salvaguardia del *ne bis in idem*, almeno nell'ottica a-processuale che si è sopra tratteggiata. Ponendosi infatti nel solco di un *trend* legislativo inaugurato in materia di abusi di mercato e recentemente confermato in tema di beni culturali<sup>174</sup>, la nuova norma prevede che «quando, per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del soggetto, una sanzione penale ovvero una sanzione amministrativa o una sanzione amministrativa dipendente da reato, il giudice o l'autorità amministrativa, al momento della determinazione delle sanzioni di propria competenza e al

<sup>172</sup> Si tratta infatti di una soluzione non problematica quanto alla tematica del *ne bis in idem*, purché l'ente collettivo abbia un'organizzazione e soprattutto un patrimonio differenziabile da quello della persona fisica: cfr. Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 5 aprile 2017, C-217/15 e C-350/15, *Orsi e Baldetti*. V. sul punto le osservazioni di Scoletta, *Ne bis in idem e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il legale rappresentante per lo stesso fatto*, in *DPC*, 2017, 333 ss. nonché, relativamente alla generale problematica del cumulo di responsabilità tra ente e persona fisica, V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, 134 ss.

<sup>173</sup> A. F. Tripodi, *L'ente nel doppio binario punitivo*, cit., 20 ss., che però inquadra i rapporti tra le fattispecie nell'ambito della figura del reato complesso; in senso parzialmente adesivo anche P. Veneziani, *Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario*, cit., 3101. *Contra*, A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 304, nota 219.

<sup>174</sup> Cfr. art. 1, commi 1, 2 e 7 della l. 24 gennaio 2024, n. 6, con osservazioni di L. Carraro, *Tutela dei beni culturali e paesaggistici: la creazione di un (altro) doppio binario cumulativo. Considerazioni a prima lettura sulla Legge 22 gennaio 2024, n. 6*, in *AP*, 2024, 1 ss. e N. Recchia, *Una prima lettura della recente riforma della tutela penalistica dei beni culturali*, in *Il Mulino – Rivisteweb*, 2022, 90 ss.



fine di ridurne la relativa misura, tiene conto di quelle già irrogate con provvedimento o con sentenza assunti in via definitiva».

Si è dunque così cercato di consegnare ai giudici uno strumento “flessibile”, in grado di calibrare *in melius* la seconda sanzione anche sulla base di quella già irrogata. Nondimeno, residuano sul punto alcune questioni interpretative.

In primo luogo, i limiti della riduzione della sanzione non sono indicati dalla disposizione di nuovo conio. La formula “al fine di ridurre”, se può portare a una irrogazione della pena anche al di sotto del minimo edittale, non sembra infatti consentire la manovra “estrema” di disapplicazione *in toto*, che la giurisprudenza aveva invece dimostrato di tenere in conto nell’ambito dei *market abuse*<sup>175</sup>. È pur vero che il *restyling* del sistema sanzionatorio amministrativo ridimensiona non poco la problematica: l’utilità della norma *de qua* sta infatti nel garantire una sanzione “integrata” proporzionata, obiettivo che deve essere però letto considerando il generale abbattimento delle cornici edittali degli illeciti tributari e il rafforzamento del sistema premiale in ambito penale di cui si è dato conto. È dunque difficile che, almeno per le persone fisiche, la sommatoria delle due sanzioni possa dar luogo a un cumulo sproporzionato anche all’esito di una ulteriore riduzione per opera dell’art. 21-ter.

Discorso parzialmente diverso vale per le persone giuridiche: se infatti anche queste possono giovare dei nuovi tratti dell’*enforcement* amministrativo, non è per loro previsto alcun meccanismo premiale analogo a quello in vigore per le persone fisiche<sup>176</sup>. In tal modo, i riflessi sul piano penalistico della definizione della propria posizione tributaria – valorizzati, come si è visto, quali ulteriori meccanismi compensativi impropri – sono limitati agli art. 11, 12 e 17 d.lgs. 231/2001 in merito alla commisurazione e scelta della sanzione<sup>177</sup>. Se dunque si potrebbe in astratto sostenere che l’art. 21-ter e il volto più mite delle sanzioni tributarie siano idonei ad assicurare una risposta proporzionata, vale la pena ricordare un recente caso portato

<sup>175</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, 21.9.2018, n. 49869, con commento di N. Madia, *La verifica del giudice penale nel caso di sanzione irrevocabile irrogata dalla Consob per abusi di mercato*, in *CP*, 2019, 662 ss. e Cass. pen., Sez. V, 15.4.2019, n. 39999 con osservazioni di C. Pagella, *L’inafferrabile concetto di connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta: la Cassazione ancora su ne bis in idem e insider trading*, in *www.sistemapenale.it*, 9.5.2020 e L. Baron, *Ne bis in idem e giudizio di proporzione: la certezza dell’incertezza applicativa*, in *GC*, 2020, 728 ss. In senso critico circa il rispetto della legalità della pena per operazioni manipolative di questo tipo, v. invece M. Scoletta, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Le Società*, 2019, 545; nel senso invece di ritenerle non confliggenti con l’art. 25 Cost., condivisibilmente, A.F. Tripodi, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., 334.

<sup>176</sup> Si tratta, anche in questa ipotesi, di una irragionevolezza da tempo oggetto di attenzione della dottrina anche in chiave di doppio binario e che ha radice nel principio di autonomia della responsabilità da reato degli enti. Con riferimento alla problematica relativamente all’art. 13 d.lgs. 74/2000, cfr. R. Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *SP*, 2020, 3, 219 s.; Id., *Ancora sulle incongruenze della recente riforma in tema di reati tributari e responsabilità dell’ente*, in *SP*, 2020, 7, 148; P. Veneziani, *Problemi attuali in tema di responsabilità dell’ente da reato tributario*, cit., 3104 s.; Fe. Mazzacuva, *L’ingresso dei reati tributari nel sistema di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *RPDP*, 2020, 8 ss.; E. Musco, F. Ardito, *op. cit.*, 132 s.; C. Longari, *Non punibilità e pagamento del debito tributario: l’infelice prospettiva dell’ente*, in *AP*, 2024, spec. 6 ss. che propongono alternativamente un’interpretazione restrittiva dell’art. 8 d.lgs. 231 per estendere l’applicazione dell’art. 13 d.lgs. 74/2000 alla responsabilità *ex crimine* o, con diversità di accenti, una questione di legittimità costituzionale; F. Piergallini, *La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell’ente*, in *www.sistepenale.it*, 3.6.2020, 18, che propone di inquadrare la responsabilità dell’ente nello schema concorsuale, così da permettere l’applicazione dell’art. 119 Cp leggendolo come comprensivo anche delle cause oggettive di non punibilità. Meno critico invece F. D’Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per i delitti tributari: sintonie e distonie di sistema*, in *SP*, 2020, 7, 174, che giustifica tale disparità di trattamento. Sull’attuale interpretazione dell’art. 8 d.lgs. 231/2001, v. *infra*, nota 195.

<sup>177</sup> Così anche D. Piva, *Reati tributari e responsabilità dell’ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, in *www.sistemapenale.it*, 15.9.2020, 6.

all'attenzione del Tribunale di Milano in cui i pubblici ministeri sono dovuti pervenire a un'archiviazione in sede 231 proprio perché l'ulteriore misura punitiva avrebbe comportato un dispendio irragionevole per l'ente, che aveva già dovuto sopportare i costi della sanzione amministrativa, di riparazione del danno da reato e di *compliance ex post*<sup>178</sup>. Considerando allora le spese per l'adozione di un modello organizzativo quali parte del cumulo, nonché la mancata operatività dell'art. 13 o 13-*bis* d.lgs. 74/2001 per le società, il rischio di sproporzione si fa più concreto, pur avendo la riforma rappresentato senza dubbio un passo in avanti in tale settore.

Da ultimo, oltre che i *limiti* del giudizio di commisurazione *ex art. 21-ter*, non appare chiaro nemmeno il *metodo* che il giudice dovrebbe seguire nella sua applicazione. La formula “tiene conto” è infatti una valvola idonea a legittimare un giudizio di proporzionalità senza punti di riferimento, come testimoniano le diverse interpretazioni della norma “gemella” presente nel TUF, letta talvolta nel senso “matematico” di scomputo della sanzione raggugliata *ex art. 135 Cp*<sup>179</sup>, talaltra come mero «criterio di apprezzamento per la concessione delle circostanze attenuanti generiche»<sup>180</sup>.

Se dunque si registra un'apertura del Legislatore anche verso istanze equitative di questo tipo, si è ben lontani dal pieno superamento del doppio binario. Il sistema prescelto, infatti, continua a postulare la duplicazione procedimentale e anche il versante sostanziale, che si è dunque scelto di privilegiare, presenta criticità non secondarie. Le sollecitazioni della dottrina – che in effetti propendevano per una maggiore tipizzazione di un simile giudizio di commisurazione<sup>181</sup> – e della stessa Corte di Giustizia<sup>182</sup> avrebbero infatti deposto a favore di una clausola che lasciasse al giudice un margine discrezionale maggiormente tipizzato, ancorché operante *in bonam partem*.

8.2 Sul versante processuale, si è accennato come si sia altresì cercato di rafforzare il coordinamento tra i due procedimenti, rilevante nell'ottica del *ne bis in idem* poiché funzionale a risultare *compliant* con uno degli indici del test di connessione sopra riportati.

In primo luogo, partendo dalle fasi preliminari del procedimento, è noto come la polizia tributaria debba informare l'ufficio del pubblico ministero *ex artt. 331 o 347 Cpp*. Il d.lgs. 87/2024 ha dunque positivizzato il dovere speculare delle Procure di dare notizia all'Agenzia delle Entrate al momento dell'esercizio dell'azione penale per un reato tributario<sup>183</sup>.

<sup>178</sup> Cfr. Procura Trib. Milano, decreto 9.11.2022 con nota di da A.F. Tripodi, *Ne bis in idem e doppi binari punitivi nella responsabilità da reato degli enti*, in *CP*, 2023, 3, 976 ss.

<sup>179</sup> V. Trib. Milano, 15.11.2018, n. 14767 con nota di F. Mucciarelli, *Doppio binario sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della CGUE e la (parziale) riforma domestica*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 15.3.2019 e Fr. Mazzacuva, *Il ne bis in idem dimezzato: tra valorizzazione delle istanze di proporzionalità della sanzione e dissolvimento della dimensione processuale*, in *GC*, 2020, 4, 940 ss.

<sup>180</sup> In dottrina, v. per tutti F. Mucciarelli, *ult. op.cit.*, par. 7.

<sup>181</sup> V. per tutti la proposta di A.F. Tripodi, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, cit., 339 ss., che prende però in considerazione l'art. 132 c.p. in relazione a tutti i sistemi a doppio binario.

<sup>182</sup> Il riferimento è a Corte di Giustizia UE, 5 maggio 2022, C-570/20, *BV*, par. 55, che aveva già affermato come l'interpretazione corretta dell'art. 50 CDFUE osta a una normativa nazionale che, «in caso di cumulo di una sanzione pecuniaria e di una pena detentiva, non garantisce con norme chiare e precise, eventualmente quali interpretate dai giudici nazionali, che l'insieme delle sanzioni inflitte non ecceda la gravità del reato accertato». Per alcuni spunti applicativi di tale precipitato giurisprudenziale in merito al settore tributario anteriforma, sia consentito il rinvio a G. Ardizzone, *Il “volto attuale” del ne bis in idem europeo nel sistema penal-tributario*, cit., 231 ss.

<sup>183</sup> Cfr. il nuovo comma 3-*bis* art. 129 disp. att. Cpp, nonché le modifiche agli artt. 32 d.P.R. 600/1973 – in materia di imposte sui redditi – e 51 d.P.R. 633/1972 – in materia di IVA – per l'ulteriore comunicazione al Comando della Guardia di Finanza competente. Valorizzano tale profilo in ottica di coordinamento, oltre la già citata sent. 222/2019, anche G. Melis, M. Golisano, *Il livello di implementazione del principio del ne bis in idem nell'ambito*

In secondo luogo, si è scelto di intervenire sull'art. 20 d.lgs. 74/2000, prevedendo un nuovo comma 1-*bis* che permetta di acquisire nel procedimento penale le sentenze definitive rese all'esito del processo tributario e gli atti di accertamento compiuti dall'Amministrazione Finanziaria. Si tratta di una modifica che si limita in verità a recepire il consolidato orientamento giurisprudenziale sul punto, da sempre incline ad ammettere la produzione nel processo penale di tali atti *ex artt.* 238-*bis* o 234 Cpp, lasciandoli ovviamente alla libera valutazione del giudice<sup>184</sup>. Nondimeno, sarebbe stato opportuno espungere espressamente dagli accertamenti acquisibili quelli posti in essere in violazione dell'art. 220 disp. att. Cpp: è chiaro infatti che dal mancato rispetto delle garanzie propriamente penalistiche non può derivare una prova acquisibile – ancorché liberamente valutabile – nel medesimo processo penale, prassi invece tendenzialmente ammessa dai giudici di legittimità e che la riforma sembra purtroppo avallare<sup>185</sup>. Se dunque si è così evitata una duplicazione nella raccolta della prova, resta inteso che non è posto alcun limite ai profili di valutazione della stessa, continuando a operare gli artt. 187 e 192 Cpp. È dunque astrattamente possibile che il giudice penale giunga comunque a una conclusione diversa da quella definita all'esito del processo tributario, soluzione conforme ai principi generali che regolano i rapporti tra i due settori ma che può essere rilevante per l'indice *sub c)* del test in ottica di «duplicazione nella valutazione della prova».

Per quanto riguarda invece l'ipotesi inversa, non si è codificata alcuna regola circa l'acquisizione della sentenza penale nel giudizio amministrativo di merito, circostanza anch'essa piuttosto pacifica<sup>186</sup>. Si è invece posta una deroga all'art. 654 Cpp che, come noto, impedisce a tali accertamenti definitivi di avere efficacia di giudicato in virtù dei limiti di prova che caratterizzano il settore tributario. Il nuovo art. 21-*bis* d.lgs. 74/2000 dispone infatti che «la sentenza irrevocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, pronunciata in seguito a dibattimento nei confronti del medesimo soggetto e sugli stessi fatti materiali oggetto di valutazione nel processo tributario, ha, in questo, efficacia di giudicato, in ogni stato e grado, quanto ai fatti medesimi» e permette di produrla fino a quindici giorni prima dell'udienza in Cassazione. Il comma 3 della nuova disposizione estende poi tali effetti – limitatamente all'assoluzione “perché il fatto non sussiste” – anche alla persona fisica o giuridica nell'interesse della quale ha agito l'autore della violazione. Si tratta, anche in questo caso, di un adeguamento dell'ordinamento a istanze di provenienza sovranazionale. Tempo addietro, la pronuncia *Di Puma e Zecca* della CGUE<sup>187</sup> aveva infatti ritenuto che l'art. 50 CDFUE non permettesse un contrasto di giudicati in tali ipotesi, risultando sproporzionata la compressione del diritto a non subire due procedimenti punitivi per il medesimo fatto rispetto all'interesse perseguito dal doppio binario nel caso in cui il contribuente, assolto con formula

*del sistema tributario*, in *RTDT*, 2020, 3, 599.

<sup>184</sup> Cfr., con riferimento alle sentenze, Cass. pen., Sez. VI, 24.2.2011, n. 10210; Cass. pen., Sez. III, 28.10.2015, n. 1628; Cass. pen., Sez. III, 10.7.2020, n. 27599; per gli accertamenti acquisibili *ex art.* 234 Cpp, v. Cass. pen., Sez. III, 23.10.2018, n. 54379 e, di recente, Cass. pen., Sez. III, 11.4.2024, n. 26527. Sul punto, già S. Dorigo, *Il “doppio binario” nella prospettiva penale: crisi del sistema e spunti per una riforma*, in *RT*, 2017, 438, nota 19.

<sup>185</sup> Cass. pen., Sez. III, 26.10.2016, n. 6594 nonché Cass. pen., Sez. III, 11.4.2024, n. 26527 cit. Per una critica, v. per tutti O. Mazza, *I controversi rapporti fra processo penale e tributario*, in *RT*, 2020, 233 ss., spec. 235. Non sfugge che, nella prospettiva del rispetto del *ne bis in idem*, ciò porta a una chiara contraddizione: quanto più si evita la duplicazione nella raccolta e valutazione della prova – e si sviscerano dunque le garanzie penalistiche, dando prevalenza alla più celere azione amministrativa –, tanto più sarà difficile ravvisare la violazione della garanzia.

<sup>186</sup> Arg. *ex artt.* 24, 32 e 58 d.lgs. 546/1992. In giurisprudenza, v. Cass. civ., Sez. trib., 9.2.2018, n. 3182. Sul punto, cfr. A. Comelli, *Rapporti tra procedimento penale e processo tributario*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, cit., 673 ss.; S. Gianoncelli, *Procedimento tributario e procedimento penale: oltre il doppio binario, le convergenze parallele*, in *RDFSC*, 2019, 180 s.

<sup>187</sup> Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*.

piena in sede penale, potesse ricominciare come nulla fosse di fronte il giudice amministrativo. La Cassazione sul punto aveva finora avuto atteggiamenti ondivaghi: un orientamento aveva infatti ritenuto inesequibile la sanzione amministrativa irrogata nel caso in cui il procedimento penale si fosse concluso con sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste, ritenendo necessario, perché operi l'art. 21 d.lgs. 74/2000, l'accertamento della sussistenza del fatto e l'esclusione della sua rilevanza penale, così interpretando il citato meccanismo di *stop and go* in maniera conforme alla Carta di Nizza<sup>188</sup>. Altra parte della giurisprudenza aveva invece negato valore a tesi, continuando a non ritenersi vincolata dalla sentenza irrevocabile e generando dunque una problematica duplicazione cui la riforma ha voluto porre rimedio<sup>189</sup>.

9. Tirando dunque le somme delle numerose modifiche intervenute nel sistema penal-tributario, è vero che molte delle innovazioni apportate dal d.lgs. 87/2024 prestano il fianco a più d'una critica. La volontà di rappresentare una contro-spinta rispetto alle istanze iper-repressive degli ultimi anni, pure certamente apprezzabile, ha infatti fatto fatica a tradursi in indicazioni positive di chiara applicazione. A fronte di un indiscusso valore delle idee che hanno ispirato la riforma, il risultato pratico appare in verità deludente sotto più versanti, dando la generale impressione di un'opera solamente avviata nella giusta direzione ma il cui completamento appare ancora lontano.

Così, in materia di indebita compensazione, risulta condivisibile la volontà di tassativizzare le nozioni di crediti inesistenti e non spettanti, così come quella di allineare le definizioni valide ai fini della legge penale e quelle rilevanti per i paralleli illeciti amministrativi. Nondimeno, come si è visto, da un lato risulta ancora arduo, anche alla luce delle recenti modifiche, distinguere le due categorie; dall'altro lato, la nuova definizione di credito inesistente fa sì che continuino a essere punite con la stessa pena condotte caratterizzate da diversa offensività e il cui trattamento sanzionatorio, non a caso, è differenziato dall'*enforcement* amministrativo<sup>190</sup>.

Ancora, la nuova norma in tema di *error iuris* è emblematica delle buone intenzioni del Legislatore: si è visto infatti come sia stata introdotta al fine di rafforzare l'efficacia scusante dell'errore di diritto proprio con riferimento alle definizioni di crediti non spettanti. In linea con i tratti della riforma qui commentata, non può però dirsi condivisibile anche il risultato pratico: nella migliore delle ipotesi, sembrerebbe infatti una norma inutile, che si limita a riportare delle conclusioni cui si sarebbe già dovuti giungere in applicazione dell'art. 15<sup>191</sup>.

Sempre stando alla *voluntas legis*, anche la nuova disciplina della confisca avrebbe dovuto rappresentare un innalzamento delle garanzie per il contribuente, essendo sostanzialmente volta a sconfessare l'orientamento giurisprudenziale che consentiva l'adozione del sequestro preventivo in caso di rateizzazione in corso del debito tributario. Nondimeno, la riscrittura della norma ha portato al risultato pratico diametralmente opposto, traducendosi in una regola inapplicabile in sede cautelare e che tace sugli effetti del provvedimento definitivo<sup>192</sup>.

Maggiormente apprezzabili sono invece le modifiche ai delitti di omesso versamento e la tanto attesa codificazione della scusante della crisi di liquidità. Da un punto di vista sistematico, risulta infatti condivisibilmente diminuito lo spazio applicativo per le suddette fattispecie: l'allungamento dei termini per versare quanto dovuto, la possibilità di rateizzare il debito *in extremis* per evitare la rilevanza penale dell'omissione e l'esclusione della colpevolezza per le situazioni di difficoltà finanziaria rendono in definitiva più ardua l'integrazione dei delitti

<sup>188</sup> Cass. civ., Sez. trib., 8.10.2020, n. 21694, spec. par. 30.11, seguita poi da Cass. civ., Sez. trib., 22.9.2021, n. 25632.

<sup>189</sup> Così ad esempio Cass. civ., Sez. trib., 15.9.2021, n. 24779.

<sup>190</sup> Cfr. par. 2.

<sup>191</sup> *Amplius*, v. par. 2.1.

<sup>192</sup> V. par. 4.1.

suindicati<sup>193</sup>. Trattandosi, come più volte ricordato, di fattispecie che poco hanno a che vedere con la sistematica del d.lgs. 74/2000, è possibile affermare che tali modifiche siano quelle maggiormente riuscite della riforma e che più si discostano dall'approccio iper-repressivo dei precedenti interventi. Per quanto dunque si possa continuare a criticare la stessa permanenza dei delitti di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* nel decreto, è in ogni caso doveroso segnalare l'opportuno arretramento dello *ius terribile*, in controtendenza con l'odierno legiferare in materia economica<sup>194</sup>, segno della volontà del Legislatore di differenziare – o quantomeno di allargare il divario tra – rischio penale e rischio d'impresa.

È vero che, come sopra evidenziato, la nuova scusante presenta dei presupposti particolarmente rigidi e, tutto sommato, non necessari. Invero, la norma risulta appesantita da elementi – come la non imputabilità dello stato di insolvenza – che ne circoscrivono oltremodo il perimetro applicativo. Appare infatti davvero irragionevole non scusare anche l'imprenditore che abbia colposamente causato lo stato di insolvenza della propria impresa, trovandosi in una situazione di illiquidità sì per sua colpa ma senza che ciò possa giustificare l'intervento penale. Se non altro, rispetto alle modifiche in tema di confisca ed errore, il nuovo comma 3-*bis* dell'art. 13 sembra comunque poter avere più di un'applicazione di favore per il contribuente imputato.

Proseguendo sul versante della premialità connessa al pagamento del debito tributario, le modifiche al sistema premiale confermano un *trend* legislativo difficilmente invertibile, rinsaldando in definitiva un rapporto tra pena e tributo orientato *in primis* ad assicurare tutela alla ragione fiscale<sup>195</sup>. In quest'ottica, risulta almeno apprezzabile il potenziamento della gradualità del sistema, raggiunto tramite tre principali modifiche: l'inserimento del già citato meccanismo di rateizzazione del debito per i delitti di omesso versamento prima che sia scaduto il termine di rilevanza penale; l'estensione del limite temporale valido per giovare della circostanza attenuante di cui all'art. 13-*bis*, per la quale è stata anche, condivisibilmente, introdotta una disciplina di coordinamento con le procedure conciliative tributarie; l'inclusione del pagamento anche parziale tra gli speciali indici-criteri di cui il giudice dovrebbe tener conto in misura prevalente per l'applicazione dell'art. 131-*bis* Cp<sup>196</sup>

Piuttosto, appare davvero inspiegabile la mancata attenzione per la causa di non punibilità. Il coordinamento con la disciplina di rateizzazione avvenuto per l'attenuante a effetto speciale avrebbe infatti dovuto essere replicato *a fortiori* anche per l'art. 13.

Allo stesso modo, come si è accennato, la riforma avrebbe potuto rappresentare l'occasione perfetta per estendere la non punibilità conseguente al pagamento del debito anche agli enti collettivi. È noto infatti che l'interpretazione attuale dell'art. 8 d.lgs. 231/2001, sviluppatasi in tema di art. 131-*bis* Cp<sup>197</sup>, impedisca di estendere *sic et simpliciter* agli enti gli effetti premiali

<sup>193</sup> V. parr. 3 e 6.

<sup>194</sup> Cfr. S. Preziosi, *Modelli di sviluppo economico e diritto penale. Sullo sfondo della crisi pandemica*, in *RTDPE*, 2020, 3-4, 700 s.; M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino 2020, 3 ss. e 359 ss. Più in generale sulla crisi del principio di *extrema ratio* in tutti i settori, v. anche il recente saggio di F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, Bologna 2019, nonché G. De Muro, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti dell'espansione del diritto penale*, in *RIDPP*, 2013, 1656 ss.

<sup>195</sup> Su questo già F. Consulich, *Il diritto di Cesare*, cit., 1397 ss.

<sup>196</sup> Cfr. parr. 4 e 5.

<sup>197</sup> Nella giurisprudenza di legittimità, negano la comunicabilità della non punibilità della persona fisica all'ente: Cass. pen., Sez. III, 17.11.2017, n. 9072; Cass. pen., Sez. III, 15.3.2019, n. 11518; Cass. pen., Sez. III, 15.1.2020, n. 1420. Sulla questione, v. già M. Mossa Verre, *Le cause di esclusione della punibilità nel sistema della responsabilità degli enti: il caso della particolare tenuità del fatto*, in *RIDPP*, 2020, 1, 280 ss.; A. Gullo, sub Art. 131-*bis*, cit., 1988 s.; C. Longari, *Esiguità dell'offesa vs. colpa d'organizzazione nella responsabilità da reato degli enti*, Padova 2022, 143 ss. In generale sul sistema di premialità e non punibilità con riferimento all'art. 8 d.lgs. 231/2001, cfr. C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *DPP*, 2019, 540 ss.; E. Scaroina, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in *DPC*, 2020, 189 ss., nonché V. Mongillo, *La*

di cui può giovare la persona fisica. Oltre dunque a essere valorizzabile in chiave di (s)proporzionalità complessiva della risposta sanzionatoria, la lacuna normativa genera gravi irragionevolezze sistematiche: da un lato, la società dovrebbe continuare a rispondere dell'illecito anche allorquando abbia pagato il debito con i propri denari, mentre la persona fisica potrebbe beneficiare della non punibilità; dall'altro lato, davvero non si comprende come la diversa natura dei soggetti attinti dai procedimenti punitivi possa giustificare una così vistosa disparità di trattamento, risultando anzi più conveniente per il Fisco una leva premiale modellata sulle persone giuridiche<sup>198</sup>. Peraltro, se a fronte di un fatto particolarmente tenue della persona fisica l'offesa propria dell'ente potrebbe comunque dirsi meritevole di sanzione – ad esempio, per la gravità della colpa d'organizzazione –, la causa di non punibilità del pagamento del debito tributario opera oggettivamente, rendendo ancor più evidente l'irrazionalità della scelta legislativa.

Da ultimo, le modifiche volte alla salvaguardia del principio del *ne bis in idem* sono un perfetto esempio del non-finito della riforma<sup>199</sup>. È vero infatti che il sistema ne esce mitigato *in melius* per il contribuente; nondimeno, con uno sforzo maggiore si sarebbe potuto evitare altresì il cumulo procedimentale che il nuovo impianto normativo continua invece a postulare, avvicinandosi al «completo adeguamento» richiesto dalla delega senza però riuscire a raggiungerlo. Le recenti indicazioni della Consulta<sup>200</sup> – nonché, crediamo, anche la prassi applicativa dell'art. 4 Protocollo 7 CEDU da parte della Corte di Strasburgo<sup>201</sup> – avrebbero dovuto portare al superamento della stessa duplicazione procedimentale senza “accontentarsi” di garantire la proporzionalità della sanzione. Rispetto ad altri settori dell'ordinamento in cui sono in vigore sistemi a doppio binario, nel diritto penale tributario è infatti presente un chiaro elemento di differenziazione del reato rispetto all'illecito amministrativo, dato dalle soglie di punibilità. Si sarebbe allora potuto prevedere che fosse competente per un'evasione ritenuta sopra soglia il solo giudice penale, lasciando all'Agenzia delle Entrate la competenza per gli altri illeciti. È vero che, in tal modo, vi sarebbe il rischio di un vuoto di tutela nel caso in cui, all'esito del processo, il giudice dovesse assolvere per difetto dell'elemento soggettivo o proprio per mancato raggiungimento della soglia. Eppure, pare possibile in queste ipotesi fare applicazione dell'art. 24 l. 689/1981, lasciando che sia lo stesso giudice penale a irrogare la sanzione amministrativa, senza duplicare inutilmente i procedimenti né appesantire ancor di più l'attuale carico giudiziario<sup>202</sup>.

Se dunque l'indirizzo di fondo della riforma ci pare condivisibile, il prodotto legislativo non sembra essere all'altezza delle aspettative. Ora, è vero che la legge di delega non permetteva di riportare a pieno il d.lgs. 74/2000 nell'ambito dei principi generali e sarebbe quasi ingenuo sperare oggi in un diritto penale tributario incentrato unicamente sul momento dichiarativo e che faccia a meno dei suoi tratti particolaristici maggiormente caratterizzanti. Nondimeno, è indubbio che i criteri direttivi indicati dal Legislatore delegante avrebbero potuto portare risultati più apprezzabili di quelli cui si è giunti con il d.lgs. 87/2024. Pur a fronte di diversi passi avanti nella generale ridefinizione dei rapporti tra Fisco e contribuente sul versante sanzionatorio<sup>203</sup>, non sembrano infatti poche le incongruenze ancora presenti in diversi rami

---

*responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., 389 ss.

<sup>198</sup> Così anche A. Lanzi, P. Aldovrandi, *op. cit.*, 306. Per ulteriori riferimenti, anche con diversità di accenti sulle soluzioni proposte, v. *supra* nota 176.

<sup>199</sup> V. in particolare par. 8.1.

<sup>200</sup> Il riferimento è alla citata Corte cost. 149/2022: v. *supra*, nota 162.

<sup>201</sup> V. *supra*, nota 164.

<sup>202</sup> Per una soluzione simile già S. Bolis. *Obiettiva connessione tra illeciti amministrativi e reati tributari: una soluzione alla vexata quaestio del ne bis in idem?*, in *RTDPE*, 2017, 3-4, 423 ss.

<sup>203</sup> Per completezza, occorre segnalare che il d.lgs. 221/2023, sempre in attuazione di un diverso criterio di delega

del diritto penale tributario. L'auspicio è dunque che i decreti correttivi possano sanare almeno in parte alcune delle formulazioni maggiormente infelici delle norme di nuovo conio, senza allontanarsi dalla vocazione liberale che ha indubbiamente animato la riforma.

---

contenuto nella l. 111/2023, ha apportato numerose modifiche al d.lgs. 128/2015, innovando la disciplina dell'adempimento collaborativo e permettendo, in sintesi, a un numero maggiore di imprese di adottare un sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale (cd. *Tax Control Framework*) o, se di minori dimensioni, di comunicare preventivamente all'Agenzia delle Entrate la presenza di un simile rischio. A fronte di tali adempimenti, è ora prevista l'esclusione delle sanzioni amministrative tributarie per i rischi significativi comunicati tempestivamente e una riduzione fino alla metà in caso di tempestiva comunicazione di rischi solamente "rilevanti" (art. 6, commi 3 ss., d.lgs. 128/2015), nonché una causa di esclusione della tipicità per il delitto di dichiarazione infedele (art. 6, comma 4, d.lgs. 128/2015). Dal particolare angolo visuale del sistema sanzionatorio, si tratta di modifiche che acquistano rilevanza in ottica di proporzionalità della risposta punitiva e di potenziamento di questo peculiare meccanismo di cooperazione pubblico-privato, aggiungendo un tassello rilevante alla cd. *compliance* integrata, da tempo auspicato in dottrina: per tutti, v. P. Severino, *Fiscalità e competitività ai tempi del PNRR*, in *RT*, 2022, 461 ss. Sul punto, per un quadro anteriforma, v. L. Imperato, *Il regime di adempimento collaborativo*, in A. Giarda, A. Perini, G. Varraso (a cura di), *La nuova giustizia penale tributaria*, Padova 2016, 169 ss.; G. Melis, *Tax Compliance e sanzioni tributarie*, in *Rass. trib.*, 2017, 751 ss.; Id., *La cooperative compliance: una visione di sistema*, in *DPT*, 2023, 351 ss.; nonché i diversi contributi nel volume a cura di G. Marino, *Corporate Tax Governance, il rischio fiscale nei modelli di gestione d'impresa*, Milano 2022. A commento delle modifiche, cfr. invece *ex multis*: M. Allena, *Il regime di adempimento collaborativo nella recente riforma tributaria*, in *DPTI*, 2024, 2, 434 ss.; G. Marino, *La nuova cooperative compliance: profili generali*, in A. Giovannini (a cura di), *La riforma fiscale, diritti e procedimenti*, Vol. I, Pisa 2024, 185 ss.; F. Amatucci, *Il rafforzamento della tutela dell'affidamento quale presupposto essenziale dell'adempimento collaborativo*, in *DPT*, 2024, 4, 1185 ss., nonché, in prospettiva penalistica, F. Consulich, *La collaborazione pubblico-privato nello specchio della colpa d'organizzazione: il caso del Tax Control Framework*, in *RDT*, 2024, 5 ss. Per un quadro più generale della filosofia della *compliance* nel sistema sanzionatorio degli enti collettivi, v. A. Gullo, voce *Compliance*, in *AP*, 2023, 2 s.; V. Mongillo, *Presente e futuro della compliance penale*, in *www.sistemapenale.it*, 11.1.2022, 3 s.; P. Severino, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Vol. 2, Milano 2018, 1101 ss.; C. Piergallini, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, cit., 530 ss.

## IL “SOCCORSO DI NECESSITÀ” DELLE REGIONI IN MATERIA DI MORTE MEDICALMENTE ASSISTITA. I CONFINI “PENALISTICI” DI UN INTERVENTO COSTITUZIONALMENTE AMMISSIBILE

di Anna Costantini (*Ricercatrice in diritto penale, Università di Torino*)

La recente approvazione da parte della Regione Toscana della prima legge in Italia sul suicidio medicalmente assistito porta in primo piano la questione – già in precedenza sollevata dalla presentazione in numerosi consigli delle proposte di legge “Liberi Subito” – dell’ammissibilità di una “supplenza” del legislatore regionale di fronte all’inerzia del Parlamento, che continua a non dare attuazione alle sentenze n. 242/2019 e 135/2024 della Corte costituzionale. Il saggio offre un contributo al dibattito sul tema, sinora prevalentemente declinato in prospettiva costituzionalistica, soffermando l’attenzione sui profili coinvolti che interessano il punto di vista del diritto penale.

The recent approval by the Tuscany Region of the first law in Italy on medically assisted suicide raises the issue of whether regional legislators can “step in” to compensate for the inertia of the Parliament, which continues to fail in implementing Constitutional Court rulings no. 242/2019 and 135/2024. This essay aims to contribute to the debate, which has so far been framed primarily from a constitutional law perspective, by focusing on the issues that are relevant from a criminal law standpoint.

**SOMMARIO:** 1. Il legislatore *indifferente* e quello *supplente*: l’ingresso delle Regioni nella regolamentazione del fine vita. – 2. Una prospettiva d’indagine penalistica. – 3. La “norma costituzionale” in tema di aiuto a morire: i contorni dello “spazio libero dal diritto penale”. – 4. I contenuti del diritto regionale in fieri: le proposte di legge “Liberi Subito” e la Legge regionale toscana. - 5. Prima questione: il controverso riconoscimento di un “diritto” al suicidio assistito. - 5.1. Gli obblighi (già esistenti) in capo ai medici e alle amministrazioni sanitarie. Il possibile ruolo delle Regioni. - 6. Seconda questione: la compatibilità con il limite della riserva di legge statale in materia penale. - 6.1. La possibile interferenza del diritto regionale sulla clausola “procedurale” dell’art. 580 Cp, tra causa di esclusione del tipo, dell’antigiuridicità o della colpevolezza. - 6.2. Gli spazi dell’interazione ammissibile tra legge regionale e diritto penale. - 6.3. Il limite “attuativo” del contributo regionale alla definizione della procedura liceizzante il suicidio assistito. – 7. Conclusioni.

1. Che su eutanasia e suicidio assistito spetti al Parlamento decidere è difficilmente contestabile: le questioni intorno alle opzioni di fine vita, coinvolgendo dilemmi etici e conflitti assiologici, necessariamente esigono scelte *politiche*, capaci di stabilire un ordine gerarchico tra i valori fondamentali in gioco, nel bilanciamento tra autonomia individuale, da una parte, e doveri collettivi di tutela della vita, dall’altra. Probabilmente, gli ultimi rimasti a dissentire su tale asserzione, per il resto ampiamente condivisa, sono proprio coloro i quali sarebbero deputati a tradurla in atto: il decisore politico, infatti, da tempo si sottrae al compito di aggiornare un quadro normativo divenuto anacronistico, rivelandosi così incapace di registrare il forte mutamento di sensibilità riscontrabile su questi temi nella società civile<sup>1</sup> (il tema viene reputato evidentemente poco “monetizzabile” a fini di consenso elettorale).

---

<sup>1</sup> Come dimostra l’ampia partecipazione alla raccolta delle firme per il referendum sull’art. 579 Cp, poi considerato inammissibile dalla Corte costituzionale (C. cost., 15.2.2022, n. 50): lo evidenzia M. Romano, *Eutanasia legale e referendum: le ragioni dell’inammissibilità*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 25.1.2022, 2.



L'assenza del Parlamento porta inevitabilmente a ricercare altrove spazi e possibilità di *supplenza*.

Come noto, è stata anzitutto la Corte costituzionale a trovarsi investita di un vicario, quanto inedito, ruolo politico<sup>2</sup>; e a non rifiutarlo, di fronte all'esigenza di dare effettività ai diritti fondamentali coinvolti, che risultavano compromessi dall'assetto normativo (penalistico) vigente<sup>3</sup>. Nel giudizio di costituzionalità sull'art. 580 Cp, promosso nel caso Antoniani-Cappato e articolato in due fasi (l'ord. n. 207 del 2018 e la successiva sent. n. 242/2019)<sup>4</sup>, la Consulta è infatti giunta a ritagliare un'area di liceità per la "morte medicalmente assistita", di cui ha al contempo delineato una disciplina essenziale, ricalcandola su quella già prevista per il c.d. rifiuto di cure.

Naturalmente, l'intervento del giudice costituzionale non ha portato a una *surroga integrale* nella definizione delle questioni in tema di aiuto a morire: non avrebbe potuto essere altrimenti, considerato che quelle decisioni erano pur sempre condizionate dalle peculiarità del caso di specie<sup>5</sup> e dalla preoccupazione di sconfinare in territori riservati al legislatore<sup>6</sup>. È, infatti, la stessa Corte costituzionale ad aver richiamato il decisore politico all'urgente necessità di approvare una regolamentazione organica, laica e costituzionalmente compatibile della materia<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> L. Riscato, *La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 16.3.2020, 11, che registra il verificarsi nell'attuale contesto storico di una duplice «mutazione genetica»: da un lato, quella «di un Parlamento condizionato – anche nel silenzio – dalle maggioranze parlamentari, assai lontano dalle istanze sollecitate a gran voce dalla Corte e dalla Carta costituzionale; dall'altro quella di un organo di garanzia che finisce, suo malgrado, con l'assumere un ruolo "politico" per affermare il primato del diritto sulla politica».

<sup>3</sup> Parla del ruolo delle Corti nell'uso della «forza espansiva dei diritti fondamentali» F. Viganò, *Diritti fondamentali e diritto penale al congedo dalla vita: esperienze italiane e straniere a confronto*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12.1.2023, 2.

<sup>4</sup> Si tratta della nota vicenda processuale iniziata a seguito dell'auto-denuncia presentata da Marco Cappato per l'aiuto materiale prestato al suicidio di Fabiano Antoniani. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 Cp, sollevata dalla Corte di Assise di Milano, è stata risolta dalla Corte costituzionale con due successive pronunce: la prima ordinanza "interlocutoria" (Corte Cost., ud. 24.10.2018 – dep. 16.11.2018, n. 207), e la sentenza di declaratoria di illegittimità parziale (Corte Cost., ud. 25.9.2019 – dep. 22.11.2019 n. 242). I commenti alle pronunce sono numerosissimi e mi limito, pertanto, a citare alcuni volumi collettanei, rinviando alle note successive per ulteriori riferimenti: *Il caso Cappato. Riflessioni a margine della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, a cura di F. S. Marini, C. Cupelli, Napoli 2019; *Autodeterminazione e aiuto al suicidio*, a cura di G. Fornasari, L. Picotti, S. Vinciguerra, Padova 2019; G. D'Alessandro, *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, a cura di O. Di Giovine, Torino 2020. Si veda, inoltre, l'approfondimento *Il suicidio assistito: le prospettive di fondo e la giurisprudenza costituzionale*, con contributi di G. De Francesco, L. Riscato, V. Zagrebelsky, A. Nappi (in precedenza o in seguito singolarmente citati), in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu)

<sup>5</sup> Rileva criticamente come il caso di specie abbia condizionato l'approccio della Corte costituzionale nel bilanciamento dei beni in gioco, G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?*, in *Discrimen*, 3.2.2020, 3 ss.

<sup>6</sup> Parte della dottrina costituzionalistica ha peraltro denunciato un'invasione da parte della Corte del campo riservato alla discrezionalità politica del legislatore, v. A. Ruggeri, *La disciplina del suicidio assistito è "legge" (o, meglio, "sentenza-legge")*, frutto di libera invenzione della Consulta. *A margine di Corte cost. n. 242 del 2019*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3/2019, 633; R. Di Maria, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli "animali fantastici"*. The final cut, in *Consulta Online*, 7.1.2020, 1 ss.; A. Nicolussi, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Corti Supreme e Salute* 2019, 201; evidenza come la natura di "decisione politica" della sent. n. 242/2019 vincoli la futura discrezionalità del legislatore, C. Tripodina, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, in *Corti supreme e salute* 2019, 232 s. Altra parte della dottrina ritiene invece legittimo che il Giudice delle Leggi limiti la discrezionalità politica quando necessario per tutelare l'effettività dei diritti: v. G. Battistella, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento «costituzionalmente obbligato» del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, in *Osservatorio costituzionale AIC* 2020.

<sup>7</sup> Sollecitazione ancora, da ultimo, ribadita dalla sent. n. 135 del 2024: per riferimenti v. sub nt. 11.

Siccome, però, tali ripetuti inviti rimangono inascoltati<sup>8</sup>, le “spinte” al riconoscimento di diritti o libertà nelle scelte di fine vita continuano a ricercare canali alternativi a quello parlamentare<sup>9</sup>. Per un verso, di fronte a istanze di segno *ulteriormente ampliativo* rispetto alle aperture operate dalla sentenza n. 242 del 2019, sono state tentate due strade: (i) quella della promozione di un *referendum* abrogativo sull’art. 579 Cp, allo scopo di legittimare forme di eutanasia attiva diretta, iniziativa però bloccata dalla dichiarazione di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 50 del 2022)<sup>10</sup>; (ii) quella del “ritorno” alla Consulta per ottenere un’espansione dell’ambito di liceità del suicidio medicalmente assistito, in particolare eliminando il requisito limitativo dei “trattamenti di sostegno vitale” (questione respinta dalla sent. 135 del 2024, pur con l’adesione a un’interpretazione ampia del presupposto<sup>11</sup>).

Su altro versante, si evidenzia il problema di *dare attuazione* al disposto della sent. 242/2019 della Corte costituzionale. Nel vuoto legislativo, infatti, si è creata una situazione paradossale: ossia che quanti, *sulla carta*, hanno già visto riconosciuta la propria libertà di accedere alla morte medicalmente assistita, si trovano, *nei fatti*, confinati in un vero e proprio «limbo giuridico»<sup>12</sup>, alla mercé delle prassi disomogenee delle singole amministrazioni sanitarie o costretti ad attendere gli esiti, anch’essi imprevedibili, dei ricorsi giudiziari<sup>13</sup>.

Ebbene, proprio al fine di superare le difficoltà di implementazione della sentenza costituzionale viene ad affacciarsi un’ulteriore forma di supplenza, coinvolgente attori istituzionali questa volta “periferici”, cui si chiede di colmare la contumacia del legislatore

<sup>8</sup> Dopo la pronuncia della Corte costituzionale, nella scorsa legislatura, è stato approvato in prima lettura alla Camera dei deputati un progetto di legge in materia di suicidio medicalmente assistito (A.C. 1888, recante «Modifiche all’articolo 580 del codice penale, in materia di aiuto al suicidio, e alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, riguardanti le disposizioni anticipate di trattamento e la prestazione delle cure palliative», che ha unificato una serie di iniziative precedenti). L’atto, trasmesso al Senato, non ha completato l’iter di approvazione a causa della fine anticipata della legislatura. A commento della proposta di legge, v. M. Romano, *Fine vita e suicidio assistito. Dalla Corte costituzionale una disciplina legislativa. Il disegno di legge n. 2553*, in RIDPP 2022, 949 ss.; nonché S. Seminara, *Morte assistita, suicidio ed eutanasia (tra Corte costituzionale, quesito referendario e Parlamento)*, in DPP 2022, 950 ss., che mette criticamente in luce i “passi indietro” rispetto all’arresto costituzionale. Nell’attuale legislatura è attualmente in corso d’esame in Senato il disegno di legge n. 1083, il cui testo, tuttavia, si pone addirittura in aperto contrasto con i punti fermi indicati dalla sent. 242/2019, ripristinando la punibilità dell’aiuto al suicidio anche nei casi liceizzati dalla Corte costituzionale (v. art. 1).

<sup>9</sup> F. Paruzzo, *Diritto alla vita e diritto sulla vita. Tra Corte e legislatore*, in *Discrezionalità legislativa e sindacato della Corte costituzionale*, a cura di M. Ruotolo, Napoli 2025, in corso di pubblicazione, 174.

<sup>10</sup> Corte cost., ud. 15.2.2022 – dep. 2.3.2022, sent. n. 50; tra i commenti, v. M. Romano, *Eutanasia legale e referendum*, cit.; A. Pugiotta, *Eutanasia referendaria. Dall’ammissibilità del quesito all’incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista AIC* 2022, 83 ss.; A. Massaro, *La natura “costituzionalmente necessaria” dell’art. 579 Cp: la Consulta dichiara inammissibile il referendum in materia di “eutanasia legale”*, in CP 2022, 2174 ss.

<sup>11</sup> Corte cost., ud. 19.6.2024 – dep. 18.7.2024, sent. n. 135: la pronuncia ha rigettato la questione di costituzionalità sollevata dal Gip di Firenze sull’art. 580 Cp, come modificato dalla sent. n. 242/2019, nella parte in cui subordina la non punibilità dell’aiuto alla condizione che questo sia prestato a persona “tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale”, pur fornendo un’interpretazione ampia e costituzionalmente orientata del requisito. A commento della sentenza, v. F. Consulich, *La morte medicalmente assistita e la tentazione dell’overruling: il significato ambiguo del trattamento di sostegno vitale*, in RIDPP 2024, 1071 ss., il quale evidenzia (p. 1082 ss.) come la posizione della Consulta solo apparentemente sia conservativa; P. Veronesi, *A primissima lettura: se cambia, come cambia e se può ulteriormente cambiare il “fine vita” in Italia dopo la sentenza n. 135 del 2024*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* 2024, 239 ss.; S. Mangiameli, *Diritto alla vita e suicidio assistito: esiste un bilanciamento accettabile?*, in GCoS 2025, 1416 ss.; C. Tripodina, *Suicidio medicalmente assistito: essere, o non essere, tenuti in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale? Questo il dilemma*, ivi, 1467 ss.; P. Scarlatti, *Dignità del malato e vulnerabilità: elementi di discontinuità nella giurisprudenza costituzionale sul fine vita*, ivi, 1478 ss.

<sup>12</sup> Così C. Caruso, *Perché le Regioni possono già intervenire sul suicidio assistito*, La Stampa, 25 aprile 2024.

<sup>13</sup> Sugli ostacoli amministrativi all’attuazione della sent. 242/2019, v. P. Veronesi, *A primissima lettura*, cit., 253; sulle divergenze interpretative emerse nella giurisprudenza di merito, v. M. E. Bucalo, *Il cammino indicato dalla Corte costituzionale per la disciplina del suicidio medicalmente assistito fra giurisprudenza di merito e perdurante attesa del legislatore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto* 2021, 281 ss.

“centrale”: in altre parole, sarebbero *le Regioni* le possibili artefici di una regolamentazione del suicidio assistito, capace di uniformare – seppur su base territoriale – l’attuale frammentazione applicativa. La strada “regionale” viene più precisamente prospettata con due possibili diramazioni: una *legislativa*, secondo l’idea promossa dall’Associazione Luca Coscioni con l’iniziativa *Liberi Subito* – diramazione su cui principalmente concentreremo l’analisi, in quanto *ictu oculi* maggiormente plausibile e resa di speciale attualità dalla recentissima approvazione, in Toscana, della prima legge in Italia sul suicidio medicalmente assistito<sup>14</sup>; e l’altra *amministrativa*, percorsa invece dall’Emilia-Romagna<sup>15</sup> e (seppur più timidamente) dalla Puglia<sup>16</sup>, le quali hanno invece impiegato lo strumento della delibera di giunta per disciplinare alcuni specifici profili della materia.

D’altra parte, il percorso delle iniziative sinora intraprese risulta molto accidentato, per via di forti spinte oppositive che operano a livello politico<sup>17</sup>: ne è dimostrazione il fatto che, a fronte della presentazione di progetti di legge in molti consigli regionali<sup>18</sup>, soltanto in Toscana si sia arrivati all’approvazione definitiva, peraltro immediatamente seguita da un tentativo di bloccare la promulgazione da parte dell’opposizione (che ha proposto un ricorso, poi respinto, al collegio di garanzia statutaria)<sup>19</sup>; nelle altre Regioni, la discussione non è nemmeno stata avviata<sup>20</sup>, si è arenata<sup>21</sup> oppure è stata affossata dalle maggioranze politiche di turno, che l’hanno respinta nel merito (come accaduto in Veneto)<sup>22</sup> ovvero impedita sul sorgere tramite

<sup>14</sup> L. regionale n. 5/2025. La proposta di iniziativa popolare, depositata in data 5 giugno 2023, è stata approvata con emendamenti dal consiglio regionale in data 11 febbraio 2025. La Toscana è divenuta così la prima Regione in Italia ad aver approvato una legge in tema di suicidio assistito. La promulgazione della legge è stata in un primo momento bloccata per effetto di un ricorso presentato dall’opposizione (FI, Lega e FdI) al collegio di garanzia statutaria, il quale, tuttavia, lo ha respinto in data 13 marzo 2025. Il giorno successivo, il Governatore Giani ha infine promulgato la legge: [www.ilpost.it/2025/03/13/ricorso-legge-suicidio-assistito-toscana-respinto/](http://www.ilpost.it/2025/03/13/ricorso-legge-suicidio-assistito-toscana-respinto/); <https://www.rainews.it/articoli/2025/03/fine-vita-il-presidente-della-regione-toscana-giani-promulga-la-legge--7e9540a7-d043-4ccb-a80e-b2d1043cee45.html>

<sup>15</sup> In Emilia-Romagna, oltre all’istituzione (con DGR n. 194/2024) del Comitato Regionale per l’Etica nella Clinica (COREC), cui è stato attribuito il compito di esprimere il parere nei casi richiesti dalla Corte costituzionale, è stata adottata una determinazione (n. 2596/2024) dalla Direzione generale Cura della Persona, salute e welfare, che regola l’iter amministrativo per dar corso alle richieste di suicidio assistito. In tema v. C. Caruso, *Al servizio dell’unità. Perché le Regioni possono disciplinare (con limiti) l’aiuto al suicidio*, in *Piemonte Autonomie*, 1/2024, 16 ss.

<sup>16</sup> DGR 18/2023.

<sup>17</sup> Sul piano del dibattito politico, invero, vi è chi vede nella collaborazione regionale un possibile strumento – non il migliore, ma quello più plausibile nella situazione data – per contribuire alla praticabilità del suicidio medicalmente assistito (nei limiti in cui sia già consentito dalla Corte costituzionale), senza peraltro celare l’auspicio che l’ingresso di normative regionali possa operare da pungolo per un intervento di più ampio respiro del Parlamento. Sul lato opposto, tra le opinioni contrarie, accanto a posizioni di più netta chiusura (per ragioni etiche o religiose) a ogni riconoscimento di spazi di liceità per l’aiuto a morire, vi è chi esprime il timore che le iniziative regionali distorcano il senso dell’intervento della Consulta e debordino dai limiti dalla stessa segnati; da altre parti, si evidenzia invece il pericolo di una concretizzazione diseguale dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte, quale deriverebbe da una disciplina “a macchia di leopardo” del suicidio medico assistito; si aggiunge, infine, la considerazione di opportunità secondo cui la delicatezza degli interessi coinvolti richiederebbe di essere maneggiata dall’organo rappresentativo a livello nazionale. Sulla complessità e la molteplicità dei profili coinvolti, per tutti, E. Grosso, *Una legge regionale per disciplinare forme e limiti del suicidio medicalmente assistito?*, nello speciale della rivista *Piemonte Autonomie*, n. 1/2024, *Regioni e suicidio medicalmente assistito*, 1 ss.

<sup>18</sup> Proposte di legge sono state depositate (per lo più su iniziativa popolare, talvolta da consiglieri del PD) in tutte le Regioni, salvo che in Molise, Trentino-Alto Adige e Puglia (dove, tuttavia, è stata approvata una delibera amministrativa); in Umbria e Basilicata, la fine della legislatura richiederebbe un nuovo deposito, che non è ancora avvenuto.

<sup>19</sup> L. regionale n. 5/2025 (v. *supra*, nt. 14).

<sup>20</sup> Così in Abruzzo, in Puglia, in Liguria (dove il testo è stato ridepositato nell’attuale legislatura, dopo che nella precedente era stato portato in discussione), in Sardegna (anche qui il testo è stato nuovamente depositato dopo il rinnovo del Consiglio regionale), in Lazio, in Sicilia.

<sup>21</sup> Così nelle Marche, in Campania, in Calabria, dove l’esame della proposta è fermo da mesi.

<sup>22</sup> La PdL d’iniziativa popolare (n. 217) è stata bocciata dal Consiglio regionale del Veneto nella seduta del 16.1.2024.

l'approvazione di pregiudiziali di costituzionalità (è il caso di Piemonte, Friuli Venezia-Giulia e Lombardia)<sup>23</sup>.

Anche dal punto di vista giuridico, la prospettiva di una “regionalizzazione” normativa del suicidio assistito non ha convinto in modo unanime, come dimostra l'acceso dibattito sorto all'interno della dottrina costituzionalistica<sup>24</sup>. La diversità di opinioni in campo influenza, a sua volta, le posizioni istituzionali: così, se da un lato numerosi organi di garanzia hanno ritenuto ammissibili le proposte presentate (così, ad es. in Emilia Romagna, Abruzzo, Piemonte, Friuli-Venezia Giulia, Veneto), in senso contrario si è espressa l'Avvocatura dello Stato in un parere richiesto dal Consiglio regionale del Veneto<sup>25</sup>, con posizione ribadita successivamente in un ricorso al Tar contro le delibere amministrative della regione Emilia Romagna<sup>26</sup>.

Sebbene i piani di discussione siano diversi, come si vedrà, il principale nodo da sciogliere riguarda l'ammissibilità degli interventi normativi in questione al metro del riparto di competenze tra Stato e Regioni previsto dalla Costituzione (art. 117). Si tratta, dunque, di un tema che interessa preminentemente questioni di diritto costituzionale e regionale<sup>27</sup>: la riflessione, tuttavia, potrebbe essere sensibilmente e utilmente condizionata dalla considerazione di profili che coinvolgono più specificamente la prospettiva del diritto penale, ed è a tali profili che, in ragione delle competenze di chi scrive, dedicheremo le pagine che seguono, senza pretesa che essi possano esaurire l'inquadramento costituzionale di una fattispecie altamente problematica e dalle molte sfaccettature.

2. Il punto di vista penalistico, in realtà, è già implicito nelle premesse al discorso che si sta svolgendo, se è vero che, tuttora, la perimetrazione dei contorni di liceità del suicidio assistito risulta assegnata a una norma incriminatrice: è infatti l'art. 580 Cp l'unica disposizione a essere

<sup>23</sup> In Piemonte, dopo un iniziale via libera del consiglio di garanzia, il Consiglio regionale, in data 21.3.2024, ha approvato una pregiudiziale di costituzionalità che ha precluso l'esame nel merito del progetto di legge; l'esempio è stato seguito dalla Regione FVG (dove il consiglio ha approvato una pregiudiziale in data 20.6.2024) e dalla Lombardia (in data 19.11.2024).

<sup>24</sup> Tra i principali contributi sul tema, con posizioni diversificate: L. Busatta, *Come dare forma alla sostanza? Il ruolo delle Regioni nella disciplina del suicidio medicalmente assistito*, in *Osservatorio costituzionale AIC* 2024, 171; G. Razzano, *Le proposte di leggi regionali sull'aiuto al suicidio, i rilievi dell'Avvocatura generale dello Stato, le forzature del Tribunale di Trieste e della commissione nominate dall'azione sanitaria*, in *Consulta Online*, 1/2014, 69 e ss.; P.F. Bresciani, *Sull'idea di regionalizzare il fine vita. Uno studio su autonomia regionale e prestazioni sanitarie eticamente sensibili*, in *Corti supreme e salute* 1/2024, 1 ss.; M.G. Nacci, *Il contributo delle regioni alla garanzia di una morte dignitosa. Note a margine di due iniziative legislative regionali in tema di suicidio medicalmente assistito*, in *Riv. Gruppo di Pisa* 2023, 93 ss.; O. Pini, *Welfare regionale e nuove frontiere di tutela dei diritti: la proposta di legge regionale in tema di suicidio medicalmente assistito*, in *Le Regioni* 2023, 285 ss.; Cfr. anche i contributi ospitati nello speciale della rivista *Piemonte Autonomie*, n. 1/2024, *Regioni e suicidio medicalmente assistito*: E. Grosso, *Una legge regionale*, cit., 1 ss.; C. Caruso, *Al servizio dell'unità. Perché le Regioni possono disciplinare (con limiti) l'aiuto al suicidio*, ivi, 8 ss.; M.G. Nacci, *Note critiche sulle iniziative legislative regionali in tema di suicidio medicalmente assistito*, ivi, 23 ss.; F.G. Pizzetti, *La proposta di legge piemontese in materia di assistenza al suicidio, alla luce della giurisprudenza costituzionale e del riparto di competenze Stato-Regioni*, ivi, 45 ss.

<sup>25</sup> Avvocatura Generale dello Stato, Parere del 16.11.2023 al Consiglio regionale del Veneto.

<sup>26</sup> Ricorso notificato in data 12 aprile 2024 e attualmente pendente davanti al Tar.

<sup>27</sup> Il principale nodo discusso riguarda l'ammissibilità degli interventi normativi in oggetto al metro del riparto costituzionale di competenze tra Stato e Regioni. Così, se, da un lato, vi è chi ritiene che una legge regionale sul fine vita (e a maggior ragione una delibera amministrativa) sconfinerebbe in settori di competenza statale esclusiva (“ordinamento civile” o “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”), ovvero inciderebbe sull'individuazione di principi fondamentali riservati allo Stato nella disciplina di materie concorrenti (“tutela della salute”) (v. in particolare G. Razzano, *Le proposte di leggi regionali*, cit., passim; M.G. Nacci, *Note critiche*, cit., passim; F. Paruzzo, *Diritto alla vita e diritto sulla vita*, cit., 176 s.), vi è, dall'altro lato, chi ammette uno spazio di intervento regionale strettamente finalizzato ad attuare quanto già in premessa sancito dalla Corte costituzionale (P.F. Bresciani, *Sull'idea di regionalizzare il fine vita*, cit., passim; C. Caruso, *Al servizio dell'unità*, cit., passim). Nel senso di una maggior plausibilità dell'intervento amministrativo, v. L. Busatta, *Come dare forma alla sostanza?*, cit., 191.

stata direttamente investita dalle interpolazioni della sent. n. 242/2019 C. Cost., che ne ha dichiarato la parziale incostituzionalità dove la stessa sanzionava penalmente alcune ipotesi di aiuto a morire. La Consulta, in altre parole, ha ritagliato una “zona di libertà” dal rimprovero penale, sottraendo alla pretesa punitiva *alcune* delle condotte di assistenza alla “morte di mano propria”, ossia quelle prestate a persone: (i) affette da patologie irreversibili; (ii) costrette a sopportare sofferenze fisiche o psicologiche che trovino assolutamente intollerabili; (iii) tenute in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale; (iv) capaci di prendere decisioni libere e consapevoli; condizioni, queste, che la Corte richiede siano previamente accertate tramite una procedura demandata al servizio sanitario pubblico (*infra*, § 3).

La disposizione penale, dunque, come rimodulata e integrata dall'intervento additivo della Consulta, continua a rappresentare il referente regolativo in tema di suicidio assistito, con cui deve necessariamente confrontarsi una normativa (statale o regionale, primaria o secondaria che sia) la quale aspiri a precisare o ridefinire i contorni dell'istituto. Ne discendono due conseguenze, registrabili su versanti speculari.

La prima si muove, per così dire, dalla norma penale verso il suo esterno: si tratta di comprendere, cioè, l'eventuale impatto collaterale che la *regola*<sup>28</sup> introdotta dalla Corte costituzionale all'interno dell'art. 580 Cp possa produrre sui settori extra-penalistici dell'ordinamento, in modo da stabilire in via consequenziale quali siano i margini di un possibile intervento del legislatore statale e di quello regionale (*infra*, § 5).

La seconda implicazione, di segno inverso, riguarda l'eventuale incidenza “di ritorno” sulla norma penale di un atto normativo che regoli l'accesso del suicidio medicalmente assistito. Da questo punto di vista, l'impatto potrebbe essere duplice. Da un lato, la prospettiva di un intervento regionale promette di rendere realmente disponibile il territorio di *libertà dalla pena* aperto dalla sentenza “Cappato”, ossia di assicurare concreta operatività alla non punibilità inserita nell'art. 580 Cp, attualmente compromessa proprio per l'assenza di una disciplina normativa. Dall'altro lato, occorre valutare l'eventuale suscettibilità delle previsioni regionali a tangere i bordi della disposizione incriminatrice, con l'effetto di espandere o contrarre l'area della responsabilità penale. Questa evenienza, nel mentre suggerisce una possibile riconducibilità del “suicidio assistito” all' “ordinamento penale”, di esclusiva competenza statale ex art. 117, co. 2, lett. l) Cost., si riconnette altresì al pericolo di una diversificazione regionale degli statuti punitivi dell'aiuto al suicidio, in contrasto con l'esigenza di uguaglianza della tutela penale sul territorio nazionale: ciò chiama immediatamente in causa la garanzia della riserva di legge nella materia penale, che opera come duplice vincolo – di fonte *primaria* e di fonte *statale* – all'esercizio del potere punitivo, dunque come limite all'ingresso di norme sia di natura regolamentare, sia di provenienza regionale (*infra*, § 6).

Seguendo questa direttiva d'indagine, dunque, ci si interrogherà su quali siano i possibili spazi di intervento normativo delle Regioni in tema di suicidio assistito, alla luce delle indicazioni che possono specificamente derivare dal raffronto con il diritto penale. Non senza aver prima, tuttavia, definito quali premesse a tale analisi critica siano state poste dagli interventi della Corte costituzionale, nel disegnare uno “spazio libero dal diritto penale” in materia di suicidio medicalmente assistito (§3), e quali strategie siano state sinora, più nel dettaglio, proposte o intentate a livello regionale per normare tale spazio (§4).

3. La ricerca di possibili varchi per l'assegnazione di un ruolo alle Regioni non può non partire dall'individuazione dei confini attualmente esistenti. La disciplina vigente del suicidio assistito

<sup>28</sup> S. B. Taveriti, *Norme esimenti e aiuto al suicidio: dalle rime liberate alla metrica della dommatica*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 18.5.2021, 8, evidenzia come la sent. 242/2019 abbia introdotto una disciplina di dettaglio contenente “una vera e propria *regola*, pensata per la sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta”, interrogandosi in termini problematici sulle ripercussioni sulla discrezionalità politica dell'organo legislativo.

va ricercata in un'area in precedenza "occupata" dal diritto penale, per poi esserne in parte "liberata" a opera della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale: è in questa pronuncia, come detto, che si rintracciano le coordinate dell'istituto.

Più precisamente, lo scenario attuale costituisce la risultante della "scelta tragica" di cui la Consulta è stata investita tramite la questione di legittimità dell'art. 580 Cp, che originariamente incriminava senza distinzioni le condotte di agevolazione materiale al suicidio<sup>29</sup>. I giudici costituzionali, per un verso, non avrebbero potuto ignorare gli aspetti di incostituzionalità – in relazione ai diritti dell'autodeterminazione e della dignità della persona<sup>30</sup> – convogliati da una punizione indiscriminata dell'aiuto a morire: una fattispecie, questa, che visibilmente si offuscava di intransigente disumanità dinanzi a quei casi, emblematicizzati dalla vicenda di Marco Cappato e Fabiano Antoniani, in cui l'aiuto si rivolge a persone che invocano di essere liberate da un'esistenza percepita come prigioniera delle sofferenze del corpo<sup>31</sup>. Si

<sup>29</sup> Non è rilevante, in questa sede, prendere posizione circa la *vexata quaestio* della qualificazione giuridica, e più specificamente penalistica, dell'atto suicidario. È nota, al riguardo, la tesi di F. Mantovani (*Diritto penale, Parte speciale*, I, Padova 2016, 127 s.), secondo cui il suicidio sarebbe un atto né lecito né illecito, ma "giuridicamente tollerato", perché espressivo di un disvalore che però non viene punito per ragioni di opportunità. Secondo altra tesi, alla luce dell'attuale disciplina codicistica si tratterebbe invece di un atto illecito, come dimostra la sanzionabilità penale di chi non lo impedisca (a titolo di reato omissivo improprio per i titolari di una posizione di garanzia, ovvero *ex art. 593 c. 2 Cp*): così T. Padovani, *Note in tema di suicidio ed aiuto al suicidio*, in *La tutela della persona umana. Dignità, salute, scelte di libertà (per Francesco Palazzo)*, a cura di G. De Francesco, A. Gargani, D. Notaro, A. Vallini, Torino 2019, 140 s.; secondo l'originale tesi di G. De Francesco, *Il suicidio assistito nel quadro sistematico della relazione con "l'altro"*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 16.3.2020, 1 ss., il suicidio non è fatto penalmente tipico (né potrebbe esserlo, non offendendo alcun rilevante bene giuridico altrui), ma ciò non toglie che sia un atto *illecito* – dunque impedibile da parte di terzi – perché coinvolge «l'interesse di terzi a conservare la relazione con l'altro».

Altra impostazione qualifica il suicidio come atto lecito, in quanto espressione di una *libertà*: v. B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 193 ss., che evidenzia come a nessuno possa essere imposto di vivere così come di morire, «il che equivale a dire che la morte, come la vita, non possono giammai consistere in doveri, ma semmai in libertà» (200). Di una vera e propria libertà costituzionale si tratterebbe secondo F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *RIDPP* 1997, 278 e L. Stortoni, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in *LP* 2000, 481: ma una simile conclusione è contraddetta dall'incriminazione dell'aiuto al suicidio e dell'omissione di soccorso; secondo l'impostazione prevalente, il suicidio sarebbe una mera *libertà di fatto*: cfr. S. Seminara, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *RIDPP* 1995, 677; B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001, 187 ss.; M. Pelissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in *Aa.Vv., Rifiuto di cure e direttive anticipate. Diritto vigente e prospettive di regolamentazione*, Torino 2012, 101; S. Canestrari, *Ferite dell'anima*, cit., 9 ss.

<sup>30</sup> Sono questi i due capisaldi su cui la Corte fonda il superamento del «tabù della morte assistita» secondo L. Riscato, *La Consulta e il suicidio assistito*, cit., 2 ss., che evidenzia poi come la *dignità* debba essere qui intesa in senso eminentemente soggettivo; l'A. avverte peraltro dall'insidiosità di tale concetto, che per via della sua ambivalenza (nella stessa giurisprudenza costituzionale, si trova diversamente declinato in senso oggettivo e soggettivo) può prestarsi a essere usato per fondare o negare le incriminazioni su temi eticamente sensibili e, dunque, «rischia di essere la vera *slippery slope* di questa tematica». Invero, come incisivamente osserva V. Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte Europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 2.3.2020, 1: «(t)aluni legano alla dignità umana la protrazione senza limiti della vita e altri sulla dignità umana fondano il diritto ad interrompere una vita non più ritenuta dignitosa o comunque accettabile»; secondo l'A., quindi, la legittimità del suicidio assistito deve fondarsi sul riconoscimento del solo *diritto all'autodeterminazione, non della dignità, anche se il primo è un aspetto della seconda* (così anche secondo D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *DPenCont* 2018, 67). Ampiamente sul punto, ritenendo scarsamente decisivo il riferimento alla dignità, per la sua genericità, ambivalenza e per la sua facile condizionabilità dalle convinzioni personali di partenza, G. Fiandaca, *Fino a che punto è condivisibile*, cit., 10 ss. Queste ambiguità spiegano probabilmente la scelta della sent. 242/2019, con cambio di strategia rispetto all'ord. 207/2018, di eliminare pressoché ogni riferimento alla dignità, come evidenzia C. Cupelli, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 4.12.2019, 46; G. Gentile, *Il suicidio medicalmente assistito nello spazio libero dal diritto penale*, in *DPP* 2020, 382. Sui concetti di "dignità" e "dignità nel morire" v. da ultimo A. Tigrino, *Suicidio assistito e autodeterminazione responsabile. I limiti costituzionali dell'intervento penale*, Napoli 2024, 96 ss.

<sup>31</sup> Il rimando è ovviamente a S. Canestrari, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri*, Bologna, 2021. Secondo l'A., la centralità della *corporeità* del dolore distingue ontologicamente la situazione del malato che chiede aiuto nel morire dalle tipologie "tradizionali" di suicidio, in cui a prevalere è la "sofferenza dell'anima"; «(l'aiuto al) *suicidio* e (il)

voleva, però, al contempo scongiurare il vuoto di legislazione che una secca declaratoria di illegittimità avrebbe determinato, con il pericolo di privare di una, invece necessaria, tutela penale le persone che maturano la decisione di morire in condizioni di fragilità e sono, dunque, maggiormente esposte ad abusi o a condizionamenti<sup>32</sup>. Insomma: occorre, sì, *liberare dal diritto penale*, in alcune situazioni, il suicidio medicalmente assistito, ma non in ogni caso, né si poteva in via assoluta *lasciarlo libero dal diritto*, da qualunque disposizione che ne regolasse condizioni e modalità di esercizio<sup>33</sup>.

Alla Corte era chiaro, peraltro, che questo bilanciamento coinvolgesse scelte di valore fondamentali di cui dovesse essere investito il decisore politico. Di qui l'iniziale tentativo di interlocuzione con il Parlamento, tramite il (fino ad allora) inedito meccanismo della "incostituzionalità differita" escogitato dall'ordinanza n. 207/2018: la decisione anticipava e, insieme, sospendeva lo scrutinio delle norme censurate, così da consentire all'organo legislativo, nel frattempo "messo in mora", di elaborare una disciplina organica e costituzionalmente compatibile della materia<sup>34</sup>.

Le attese – è storia nota – sono rimaste deluse: e, scaduto l'anno di tempo concesso, alla Corte non è rimasto altro, con la successiva sentenza n. 242/2019, che dichiarare la preannunciata parziale incostituzionalità dell'art. 580 Cp, suo malgrado avocando a sé la difficile opera di mediazione tra le istanze di libertà e i bisogni di protezione individuale che confliggono, spesso in modo drammatico, nelle situazioni di vulnerabilità di fronte alla morte. Per conseguire tale obiettivo, la pronuncia si è orientata in due direzioni.

In primo luogo, non è stata imboccata la strada, suggerita dall'ordinanza di rimessione, di ritenere *tout court* incostituzionale la parte della disposizione che incrimina le condotte di "aiuto" al suicidio, ossia di assistenza nell'esecuzione di una decisione suicidaria già precedentemente e autonomamente formate: una prospettiva, questa, che è stata invece percorsa in altri ordinamenti (ad es. dal Tribunale costituzionale tedesco<sup>35</sup>) e la cui adozione

---

*suicidio medicalmente assistito* non sono gemelli congiunti e neppure fratelli: sono soltanto parenti che si ribellano ad una "convivenza forzata"» (6); cfr. anche Id., *Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 Cp da parte della Corte costituzionale*, in *disCrimen*, 8.9.2020, 14. Si interroga in questi termini anche V. Manes, *Aiuto a morire, dignità del malato, limiti dell'intervento penale*, in PD 2020, 46: «è ancora suicidio il congedo dalla vita scelto, dolorosamente, drammaticamente, da chi vive una situazione in cui il corpo si è ormai congedato dalla persona?». Non dovrebbe pertanto nemmeno parlarsi di «suicidio assistito», bensì di «morte medicalmente assistita» secondo F. Consulich, *La morte medicalmente assistita*, cit., 1073; così anche S. Seminara, *Morte assistita*, cit., 940.

<sup>32</sup> Quella assunta dalla Corte è, cioè, una prospettiva di paternalismo c.d. *soft* ("debole" o "moderato"), secondo la nota concettualizzazione di J. Feinberg (*Harm to self*, Oxford 1986): cfr. G. Fornasari, *Paternalismo hard, paternalismo soft e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio: Corte Costituzionale e Bundesverfassungsgericht a confronto*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 11.6.2020. In tema v. anche D. Pulitanò, *Diritto penale e aiuto al suicidio*, cit., 59 ss.; G. Fiandaca, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *FI* 2009, 227 ss.; A. Nappi, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa: problematiche ipotesi di tipicità penale*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 23.9.2019, 8 ss.

<sup>33</sup> A. Vallini, *Il tempo giusto del saluto. La Consulta, la libertà di suicidarsi, la vulnerabilità del suicida, i limiti del diritto penale*, in *La Corte costituzionale e il fine vita*, cit., 448.

<sup>34</sup> Su tale tecnica decisoria, V. Marcenò, *Una tecnica controversa: l'ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa*, in *GCos* 2022, 497 ss.; E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, in *Quad. cost.* 2019, 559 ss.; evidenzia la portata storica di questa "invenzione" processuale F. Palazzo, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *PD* 2020, 5.

<sup>35</sup> BVerfG, sent. 26.2.2020, 2 BvR 2347/15, con cui il Tribunale costituzionale tedesco ha dichiarato incostituzionale il reato di "agevolazione commerciale del suicidio" di cui al § 217 StGB. Sulla diversità di approccio tra le due Corti costituzionali, italiana e tedesca, v. F. Viganò, *Diritti fondamentali e diritto penale*, cit., 26 ss.; M. Romano, *Suicidio assistito e Corti costituzionali italiana e tedesca*, in *RIDPP* 2021, pp. 33 ss.; G. Fornasari, *Paternalismo hard*, cit., 1 ss.; N. Recchia, *Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e Bundesverfassungsgericht. Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione*, in *DPenCont* 2020, 63; V. Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio*, cit., 1 ss.; A. Nappi, *A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del Bundesverfassungsgericht*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 16.3.2020, 1 ss.; A. Tigrino, *Il Bundesverfassungsgericht in tema di aiuto al suicidio prestato in forma commerciale*.

presupporrebbe di considerare la scelta di morire quale espressione di una libertà *assoluta* di autodeterminazione individuale – a fondamento costituzionale (artt. 2 e 13 Cost.) e sovranazionale (art. 8 Cedu)<sup>36</sup> –, con la conseguenza che anche il supporto prestato dal terzo all’esercizio di tale libertà dovrebbe necessariamente qualificarsi come lecito<sup>37</sup>.

Nell’ottica della Corte costituzionale, tuttavia, simile conclusione risulta viziata da una lettura eccessivamente astratta dell’autonomia individuale, che ignora le concrete condizioni di vulnerabilità da cui, sovente, le decisioni suicidarie sono condizionate<sup>38</sup>. In linea di principio, quindi, non potrebbe ritenersi inibita all’ordinamento una reazione oppositiva a quelle scelte, tramite la punizione delle condotte che ne agevolino l’attuazione: ciò si giustificerebbe, infatti, in funzione di tutela del diritto alla vita «dei soggetti più deboli e vulnerabili», ossia di quelle persone «che attraversano difficoltà e sofferenze» perché «malate, depresse, psicologicamente fragili, ovvero anziane e in solitudine», e quindi «facilmente indotte» a compiere un gesto irreparabile dal quale, invece, potrebbero essere distolte con un adeguato supporto psicologico<sup>39</sup>.

Da un lato, dunque, la Corte conferma la complessiva tenuta costituzionale dell’art. 580 Cp. Al contempo, tuttavia, individua una specifica “sottofattispecie”<sup>40</sup> di aiuto al suicidio – “ritagliata” sulla vicenda di Antoniani e Cappato – in cui l’incriminazione viene ritenuta costituzionalmente inammissibile: sono i casi in cui l’ausilio sia offerto a un malato che, in forza dell’art. 32, comma 2, Cost. e dell’art. 1, l. 219/2017, già abbia il diritto (o la libertà) di *lasciarsi morire*<sup>41</sup> – richiedendo l’interruzione delle cure e la sottoposizione a sedazione palliativa profonda e continua – ma che a questa prospettiva preferisca quella di una morte *immediata*, da lui avvertita come più dignitosa e meno dolorosa, anche per le persone che gli sono care<sup>42</sup>. In queste situazioni, secondo la Corte, sarebbe irragionevole precludere alla persona la possibilità di scegliere di *anticipare* la propria morte, con un proprio atto “medicalmente assistito”, anziché attendere che questa arrivi in modo naturale una volta rinunciate le terapie. Se al malato già si riconosce il diritto di scegliere di morire, tramite il

---

*Verso un approccio realmente liberale al fine vita?*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 27.12.2020, 1 ss.; F. A. Manna, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca*, in *Crim* 2019, 203 ss.

<sup>36</sup> Critico rispetto alla posizione della Corte costituzionale italiana V. Zagrebelsky, *Aiuto al suicidio*, cit., 6, secondo cui la scelta di fondare la non punibilità dell’art. 580 Cp sul diritto di rifiutare le cure (art. 32 Cost.) porterebbe a riconoscere l’autonomia individuale solo in presenza di determinate condizioni oggettive (quando, cioè, vengono in rilievo scelte sulla salute): vi sarebbe da chiedersi, però, «se spetti allo Stato o alla società, fosse pure in ipotesi in una sua parte maggioritaria, definire quando rispettare autonomia/dignità delle persone».

<sup>37</sup> Invero, “il contributo ad un’azione lecita non può che essere a sua volta lecito”: così F. Consulich, *Stat sua cuique dies. Libertà o pena di fronte all’aiuto al suicidio?*, in *RIDPP* 2019, 125.

<sup>38</sup> R. Bartoli, *Brevi riflessioni sul fine vita a partire dai concetti di uomo, individuo e persona*, in *DisCrimen*, 20.6.2019, 11, evidenzia come alla base delle affermazioni della Corte vi sia una visione «personalista» e «comunitaria», fondata sul riconoscimento dell’autodeterminazione individuale alla condizione che possa dirsi realmente autentica.

<sup>39</sup> C. Cost., sent. 242/2019, § 2.2. del considerato in diritto (v. già ord. 207/2018). Sul punto si veda anche la limpida ricostruzione di F. Viganò, *Diritti fondamentali e diritto penale*, cit.

<sup>40</sup> Così la definisce F. Viganò, *Diritti fondamentali e diritto penale*, cit., 23.

<sup>41</sup> Di un vero e proprio “diritto di morire” dovrebbe parlarsi secondo M. Donini, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 10.2.2020; Id., *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale*, in *RIMedLeg* 2016, 547-572. Parla di libertà costituzionale di suicidarsi F. Giunta, *Diritto di morire e diritto penale: i termini di una relazione problematica*, cit., 278. In senso contrario alla configurabilità di un diritto avente a oggetto la propria morte, ritenendo che si tratti di una mera libertà negativa, F. Consulich, *Stat sua cuique dies*, cit., 113 ss.; secondo A. Gargani, *Jus imperfectum? L’esercizio del diritto di rifiutare le cure tra esigenze di garanzia e prospettive di riforma*, in *RIMedLeg* 2014, 516, non si tratterebbe di un diritto di morire, ma di un diritto di rifiutare le terapie. Si tratterebbe di un «diritto a non soffrire», quale declinazione del diritto alla salute, per A. Vallini, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *DPP*, 2019, 816; così anche G. Gentile, *Il suicidio medicalmente assistito*, cit., 387.

<sup>42</sup> Su questo aspetto in particolare v. M. B. Magro, *The last dance. Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 12.6.2019, spec. 18 ss.



rifiuto di cure, non vi sono ragioni per limitare la sua autonomia quando invochi una *modalità diversa* di porre termine alla propria esistenza. Il divieto assoluto, penalmente sanzionato, di aiuto al suicidio finirebbe infatti per «limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita»<sup>43</sup>.

A ben vedere, in queste situazioni la stessa tutela penale dell'art. 580 Cp sembra perdere di senso: si tratta di casi in cui la richiesta di morire per lo più non corrisponde a quella transitoria "vulnerabilità psicologica" che si riscontra nella tipologia tradizionale di suicidio<sup>44</sup>, ma può essere dettata da un lucido e convinto rifiuto dell'alternativa imposta tra una vita segnata dalla malattia e un decorso mortale lento e doloroso, entrambi percepiti come contrastanti con la propria personale idea di dignità (nel vivere e nel morire)<sup>45</sup>. D'altra parte, questo spazio di "insensatezza" dell'art. 580 Cp non viene "inventato" dalla Corte, bensì rinvenuto alla luce del diritto esistente, sulla base di un raffronto con le ipotesi in cui la l. 219/2017 riconosce già la possibilità di lasciarsi morire mediante rifiuto di cure<sup>46</sup>: è, dunque, il parametro dell'uguaglianza-irragionevolezza (seppur non espressamente richiamato dalla sent. 242/2019) a costituire la logica di fondo della decisione di parziale incostituzionalità del reato<sup>47</sup>.

D'altra parte, anche in questi casi, se difettano le ragioni generali di tutela ex art. 580 Cp, non viene meno il pericolo che il malato subisca condizionamenti o abusi nella decisione di morire: proprio per garantire protezione a tale peculiare dimensione di vulnerabilità individuale, che appartiene al malato terminale (ed è diversa dalla "comune" vulnerabilità davanti al suicidio), la sent. 242/2019 ha subordinato la non punibilità ex art. 580 all'ulteriore rispetto di una disciplina "procedurale", strumentale ad assicurare un controllo *ex ante* sulla reale sussistenza dei presupposti che, sul piano sostanziale, rendono legittima la condotta di aiuto al suicidio. Il rispetto di tale procedura, inoltre, consentirebbe di salvaguardare, ove ancora possibile, la vita del paziente, non in modo impositivo bensì mediante l'offerta, elaborata nel dialogo con l'interessato, di opportune alternative all'autosoppressione, quali le cure palliative, o la sedazione terminale<sup>48</sup>, o ancora proposte di sostegno sociale ed economico, se disponibili (eventualità, questa, che rimane "tra le righe" della sentenza, ma che sembra comunque

<sup>43</sup> C. Cost., sent. 242/2019, § 2.3 del considerato in diritto.

<sup>44</sup> Si tratta della lettura "suicidologica" della sentenza della Corte proposta da A. Vallini, *Morire è non essere visto*, cit., 812 ss., che richiama il concetto di "suicidal vulnerability" elaborato dagli studi scientifici della c.d. suicidologia. In una prospettiva simile v. anche S. Canestrari, *Ferite dell'anima*, cit., 51, secondo il quale, nelle tradizionali forme di suicidio (provocate da sofferenza psicologica o esistenziale) sarebbe difficile accertare l'esistenza di una «volontà suicida libera e consapevole».

<sup>45</sup> Limpidamente A. Vallini, *Il tempo giusto del saluto*, cit., 452: «[nei confronti di tali pazienti] non regge più, per difetto di una valida corrispondenza con l'*id quod plerumque accidit*, quella "presunzione" di "falsa autodeterminazione" e di "implicita richiesta di aiuto" che secondo la stessa Consulta fornisce giustificazione alla repressione penale dell'agevolazione ex art. 580 Cp. Il loro non è *quel* "suicidio" cui la figura criminosa, in ragione della sua *ratio*, si riferisce».

<sup>46</sup> Come evidenzia F. Palazzo, *La sentenza Cappato*, cit., 13, la Corte evita di entrare nella questione del bilanciamento dei valori coinvolti (vita, autodeterminazione, dignità) e, forse più saggiamente, «[gioca] la partita sul confronto e sulle analogie tra la disciplina (di liceità) di cui alla legge n. 219/2017 e la disciplina (di illiceità) di cui all'art. 580 Cp».

<sup>47</sup> F. Viganò, *Diritti fondamentali*, cit., 25-26; F. Consulich, *La morte medicalmente assistita*, cit., 1075. Nell'ord. 207/2018 si richiamava, accanto all'art. 32 Cost., anche la «lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive» (§ 9). Il ricorso al parametro dell'uguaglianza-ragionevolezza era già stato suggerito da D. Pulitanò, *Diritto penale e aiuto al suicidio*, cit., 71.

<sup>48</sup> Questo aspetto assume particolare importanza nel ragionamento della Corte costituzionale, considerato che «l'accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta [...] a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita». Sul punto v. S. Canestrari, *Una sentenza "inevitabilmente infelice"*, cit., 23-26.

emergere dal preteso coinvolgimento dei “comitati etici territoriali”, ove si può supporre siano rappresentate anche professionalità dei servizi sociali<sup>49</sup>).

È la stessa sentenza costituzionale a tratteggiare le linee essenziali di questa procedura: non già plasmandole dal nulla, bensì modellandole sulle “rime adeguate” della legislazione sul rifiuto delle cure salvavita. Invero, nel ragionamento della Corte, una volta inquadrata la vicenda del “suicidio assistito” quale *pendant* del diritto di rifiutare i trattamenti sanitari, punto di riferimento naturale per la “costruzione” di una sua regolamentazione positiva si fa proprio la l. 219/2017, dedicata alle «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», e più genericamente – art. 1, co. 2 – alla «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico». È soltanto entro questa relazione (la quale invero, nella logica della l. 219/2017, è destinata a dipanarsi nel tempo e assumere una funzione fortemente comunicativa<sup>50</sup>) che possono appurarsi presupposti legittimanti di natura “medica”, possono maturare decisioni orientate da adeguata assistenza e informazione e dalla proposta di alternative, che si possono risparmiare al richiedente sofferenze psico-fisiche non necessarie e, infine, prescrivere il farmaco letale. In effetti, la Corte pretende che i requisiti che legittimano il suicidio medicalmente assistito siano accertati da parte di una struttura pubblica del servizio sanitario, secondo le medesime modalità e in virtù degli stessi passaggi previsti dalla l. n. 219/2017 per i casi di interruzione di trattamenti di sostegno vitale, e – questa, in verità, è un’aggiunta piuttosto “creativa” della Corte, non desumibile dalla legge citata - previo parere del comitato etico territorialmente competente.

Ebbene, nell’introduzione di tale procedura si annida il nucleo problematico dell’attuale praticabilità del suicidio assistito. Da un lato, infatti, la sentenza costituzionale sembra intendere le proprie indicazioni come auto-applicative e, quindi, destinate a essere eseguite dalle amministrazioni sanitarie – alle quali viene espressamente attribuita la responsabilità, e anzi il monopolio, della procedura stessa – senza necessità di ulteriore mediazione legislativa; dall’altro lato, tuttavia, l’opera creativa dei giudici costituzionali non si è spinta fino a introdurre una disciplina di dettaglio (né, del resto, avrebbe potuto farlo), con l’effetto di lasciare numerosi profili aperti all’interpretazione. Si pensi, solo a titolo di esempio, ai dubbi sorti in merito all’individuazione dei comitati etici competenti a fornire il parere richiesto, e circa la natura di tale parere<sup>51</sup>; o, ancora, circa la sussistenza di un vero e proprio obbligo (e, casomai, con quali contenuti), in capo alle amministrazioni sanitarie che risultino destinatarie di richieste di suicidio assistito, di attivare il percorso di accertamento dei requisiti richiesti dalla Corte e di prestare l’aiuto richiesto: in merito, la prassi applicativa registra risposte disomogenee, per cui a situazioni di spontaneo adeguamento alla sentenza costituzionale<sup>52</sup> si accostano comportamenti di inerzia o aperto rifiuto, che costringono gli istanti ad affidarsi alle decisioni (a loro volta incerte) degli organi giudiziari<sup>53</sup>. È peraltro rilevante come la “chiamata in causa”, da parte della Consulta, del Servizio sanitario, letta congiuntamente alla scelta di dedurre la regolamentazione del suicidio medicalmente assistito da una legge sulla relazione medico-paziente quale è la l. 219/2017, ed infine illuminata da un riferimento *in apicibus* all’art. 32 Cost., sembri proiettare la questione affrontata entro la materia della “tutela della salute”, di legislazione concorrente *ex art. 117, co. 3, Cost.*, con conseguente legittimazione dell’intervento regionale nel rispetto dei “principi fondamentali” sanciti a livello statale, nel caso di specie, peraltro, ricavabili dalle stesse sentenze della Corte costituzionale.

<sup>49</sup> Sul punto A. Vallini, *Il tempo giusto del saluto*, cit., 455.

<sup>50</sup> Giacché «il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura»: art. 1, co. 8.

<sup>51</sup> In tema ampiamente v. Vallini, *Il tempo giusto del saluto*, cit., p. 454 ss.

<sup>52</sup> Per alcuni esempi in Veneto e Friuli-Venezia Giulia v. P.F. Bresciani, *Sull’idea di regionalizzare il fine vita*, cit., 5, nt. 11.

<sup>53</sup> V. ad es. le decisioni di segno opposto del Trib. Ancona, ord. 26 marzo 2021 e ord. 9 giugno 2021.

Tanto premesso, è proprio per arginare tali difformità applicative, in attesa di un intervento da parte del legislatore nazionale, che si discute di un'eventuale "supplenza" delle Regioni nel dettagliare la disciplina dettata dalla Consulta per la legittimità del suicidio assistito.

4. In questa direzione si orientano le proposte di legge redatte dall'Associazione Coscioni e depositate, con formulazione sostanzialmente coincidente, in vari Consigli regionali; una di queste proposte, come già anticipato, si è infine sostanziata nella Legge regionale n. 5/2025, approvata dal Consiglio regionale della toscana nella seduta dell'11 febbraio 2025 (con alcune differenze di dettaglio che lasceremo emergere nel prosieguo dell'analisi).

*Presupposto di autolegittimazione* di questi interventi è, per l'appunto, l'affermazione che la legge costituisca esercizio di competenze regionali concorrenti in materia di tutela della salute<sup>54</sup>, in attuazione di principi fondamentali definiti, a livello nazionale, da una sentenza immediatamente esecutiva, e allo scopo altresì di "eliminare eventuali residui di incertezza e problematicità rispetto all'erogazione di una prestazione sanitaria suddivisa in più fasi, dalla verifica delle condizioni alla verifica delle modalità di autosomministrazione del farmaco che possa garantire una morte rapida, indolore e dignitosa" (Preambolo della legge toscana, nn. 6 e 7).

*L'obiettivo* è duplice: (i) la specificazione dei requisiti "procedimentali" del suicidio medicalmente assistito, tramite la definizione di "tempi e modalità" per l'erogazione, da parte dell'amministrazione sanitaria regionale, dei relativi trattamenti; (ii) la configurazione di tale procedimento come *doveroso* per il soggetto pubblico, riconoscendo l'esistenza di un corrispondente *diritto soggettivo*, "individuale e inviolabile", in capo al paziente che, in costanza dei presupposti stabiliti dalla Corte costituzionale, richieda l'assistenza sanitaria al suicidio (l'evocazione netta di tale diritto si compie nell'art.1 della versione originale, e *standard*, della proposta "Liberi subito"; essa, tuttavia, non viene ripetuta nel testo della legge toscana).

La procedura viene articolata in due successive fasi: la prima, volta all'accertamento della sussistenza dei requisiti sostanziali legittimanti l'aiuto al suicidio, ai sensi della sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale, nonché alla definizione delle modalità di attuazione del suicidio assistito; la seconda, subordinata all'esito positivo del riscontro degli stessi presupposti, diretta a garantire al malato sia il reperimento del farmaco, sia la necessaria assistenza sanitaria prima e durante l'atto di autosomministrazione.

La verifica delle condizioni per l'accesso al suicidio assistito prende avvio a seguito di istanza presentata dall'interessato all'azienda sanitaria competente per territorio (art. 3, co. 1 della proposta; art. 4 della legge toscana). Lo svolgimento dell'attività accertativa è affidato a una

<sup>54</sup> Nella «relazione illustrativa» della proposta di legge *standard* «Liberi subito», ma non espressamente nel preambolo della legge toscana, si fa altresì riferimento alle competenze regionali in materia di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»; nell'art. 7, co. 2, della legge toscana, si stabilisce semmai che «Le prestazioni e i trattamenti disciplinati dalla presente legge costituiscono un livello di assistenza sanitaria superiore rispetto ai livelli essenziali di assistenza. La Regione fa fronte con risorse proprie agli effetti finanziari connessi a tali prestazioni e trattamenti, in conformità a quanto statuito dall'articolo 13 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421)». La soluzione toscana sembra voler superare le critiche che, sotto tale specifico profilo, una parte della dottrina aveva rivolto alla proposta di legge ordinaria: se è vero che la riserva di competenza statale esclusiva in materia di LEP (art. 117 lett. *m*) non preclude di per sé alle Regioni "virtuose" di destinare risorse a favore di determinate prestazioni, ove queste non siano assicurate dallo Stato (per approfondimenti e riferimenti alla giurisprudenza costituzionale v. Bresciani, *Sull'idea di regionalizzare il fine vita*, cit., 16), tuttavia parte della dottrina evidenziava il rischio che la gratuità della prestazione di assistenza al suicidio, unita alla "clausola di invarianza finanziaria", sottendesse l'idea di ridurre le poste destinate al finanziamento degli altri LEP, in particolare i fondi stanziati per le cure antalgico-paliative (F. Pizzetti, *La proposta di legge piemontese*, cit., 18; M. G. Nacci, *Note critiche sulle iniziative legislative regionali*, cit., 11).

Commissione medica multidisciplinare permanente (art. 2 della proposta; art. 3 della legge toscana), formata da persone individuate su base volontaria (precisa la legge toscana) e comunque sulla base di specifiche professionalità – più precisamente: un medico palliativista, un neurologo (un medico legale, nella legge toscana), uno psichiatra, un anestesista, un infermiere e uno psicologo. Nella proposta Liberi Subito viene fatta salva la possibilità, per la stessa Commissione, di integrarne di volta in volta la composizione, per una migliore valutazione delle condizioni del singolo paziente (art. 2 co. 3); la legge toscana prevede, invece, che la Commissione sia integrata di volta in volta da un medico specialista nella patologia da cui è affetta la persona che richiede l'accesso al suicidio medicalmente assistito (art. 3, co. 3). Il progetto di legge «Liberi subito» prevede poi che, in «caso di rifiuto di cure con sedazione profonda continua e di ogni altra soluzione praticabile ai sensi della legge 22 dicembre 2017, n. 219» e previo parere del Comitato etico territoriale, la Commissione stabilisca anche le modalità per assicurare al richiedente la «morte più rapida, indolore e dignitosa possibile» (co. 4).

Più minuziosa la disciplina prevista dalla legge toscana, che scandisce l'attività della Commissione in due ulteriori sottofasi, rispettivamente dedicate ai momenti della verifica dei requisiti (art. 5) e dell'approvazione o definizione delle modalità di attuazione (art. 6) del suicidio assistito<sup>55</sup>, duplicando altresì il coinvolgimento del Comitato etico, cui viene richiesto un parere rispetto a entrambi gli accertamenti.

Laddove la prima fase abbia esito positivo, l'azienda sanitaria assicura «il supporto tecnico e farmacologico nonché l'assistenza sanitaria per la preparazione all'autosomministrazione del farmaco autorizzato» (art. 7 l. toscana; in termini simili, art. 3, co. 4, proposta<sup>56</sup>). Le prestazioni e trattamenti sono configurati come gratuiti (art. 8 l. toscana; art. 5 proposta).

La procedura bifasica deve seguire precise scansioni temporali (art. 4 proposta; art. 5 l. toscana). Quanto all'attività di controllo circa il possesso dei requisiti, la proposta «Liberi subito» prevede la conclusione entro *venti giorni* dalla presentazione dell'istanza da parte della persona interessata (co. 1). Si tratta di un termine complessivo che viene, poi, ulteriormente modulato in una serie di passaggi: (i) l'azienda sanitaria locale competente per territorio ha quattro giorni di tempo per avviare il procedimento di verifica convocando la Commissione medica multidisciplinare; (ii) la Commissione, a sua volta, entro i successivi otto giorni deve inviare la relazione sull'esito dell'accertamento al Comitato etico; (iii) quest'ultimo ha cinque giorni per comunicare il proprio parere all'Azienda sanitaria che, (iv) entro i successivi tre

<sup>55</sup> Quanto alla fase di verifica, la legge toscana ne dettaglia lo svolgimento preoccupandosi di assicurare l'instaurazione della relazione terapeutica con il paziente e il rispetto delle disposizioni della l. 219/2017 sul consenso informato: l'art. 5, co. 2, infatti, prevede che la Commissione accerti preliminarmente che il richiedente abbia ricevuto una informazione chiara e adeguata sulla possibilità di accedere ad un percorso di cure palliative, e lo informi del suo diritto di rifiutare o revocare il consenso a qualsiasi trattamento sanitario, anche di sostegno vitale, e della possibilità di ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua ai sensi della l. 219/2017. Solo dopo espressa conferma da parte del richiedente della volontà di accedere al suicidio medicalmente assistito (co. 3), si apre la fase della verifica dei requisiti. A tal fine, la Commissione deve «esamina[re] la documentazione prodotta ed effettua[re] gli accertamenti che si rendano necessari, anche col supporto delle strutture del servizio sanitario regionale, assicurando l'interlocuzione personale e diretta con la persona interessata, sentito il medico di fiducia eventualmente indicato dalla persona stessa».

In caso di esito positivo dell'accertamento dei requisiti, su richiesta della persona interessata, la Commissione procede a definire le modalità di attuazione del suicidio medicalmente assistito, in accordo con la persona stessa, redigendo un apposito protocollo, oppure, sempre su richiesta dell'interessato, può approvare il protocollo redatto dal medico di fiducia (art. 6, co. 2 e 3). In ogni caso, «le modalità di attuazione devono prevedere l'assistenza del medico e devono essere tali da evitare abusi in danno delle persone vulnerabili, da garantire la dignità del paziente e da evitare al medesimo sofferenze» (co. 4).

<sup>56</sup> Ove più precisamente si prevede che le aziende sanitarie, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della l. n. 219/2017, «forniscono il supporto tecnico e farmacologico nonché l'assistenza medica per la preparazione all'autosomministrazione del farmaco autorizzato presso una struttura ospedaliera, l'hospice o, se richiesto, il proprio domicilio».

giorni, deve comunicare alla persona malata le risultanze del procedimento di verifica compiuto (co. 2). Leggermente differente – appena più lasca nei tempi, più articolata, attenta e cauta nei suoi passaggi – è la procedura disegnata dalla legge toscana (artt. 5 e 6): al termine complessivo di *venti giorni* per la verifica dei requisiti<sup>57</sup> – e di cui si prevede la possibilità di sospensione, per una sola volta e per un periodo non superiore a *cinque giorni* ove sia necessario per compiere accertamenti medico-diagnostici, si aggiunge infatti un’ulteriore termine di *dieci giorni* per la definizione delle modalità attuative<sup>58</sup>.

Per quanto attiene alla seconda fase, relativa all’erogazione dei trattamenti terapeutici e assistenziali richiesti, si prevede che l’accesso al percorso finalizzato all’autosomministrazione del farmaco letale avvenga entro sette giorni dalla richiesta (comma 3 della proposta) ovvero dalla comunicazione della relazione infine redatta dalla Commissione multidisciplinare (art. 7, co. 1, legge toscana). Resta fermo che la persona ha in ogni momento il diritto di «sospendere, posticipare o annullare l’erogazione del trattamento» (comma 4 della proposta «Liberi subito»; art. 7, co. 3, della legge toscana, ove in verità non si considera l’ipotesi della “posticipazione”). Tutte le disposizioni introdotte, in ogni caso, vengono sottoposte a una sorta di “condizione risolutiva espressa” tramite l’introduzione di clausole di “cedevolezza invertita”<sup>59</sup>, dirette a evitare *pro futuro* il possibile crearsi di conflitti antinomici con una eventuale normativa statale sopravvenuta, rispetto a cui la disciplina regionale viene resa *ex ante* automaticamente recessiva: si prevede, da un lato, che l’accesso alle procedure delineate dalla legge risulti possibile «fino all’entrata in vigore della disciplina statale» (art. 2, co. 1 della proposta «Liberi subito»; punto 4 del Preambolo della legge toscana); dall’altro, che «le strutture sanitarie pubbliche della Regione conformano i procedimenti disciplinati dalla presente legge alla disciplina statale» (art. 4, co. 5, della proposta «Liberi subito»; v. altresì l’art. 7, co. 4, della legge toscana).

Orbene: proprio tali regole, nel momento in cui “giocano d’anticipo” nel cercare soluzioni al possibile crearsi di contrasti legislativi tra Stato e Regioni, sembrano di nuovo esporre il cuore problematico delle proposte di legge in esame, ossia la loro controversa collocazione entro il quadro di competenze di cui all’art. 117 Cost., rischiando di smentire il “presupposto di autolegittimazione”, incentrato sull’art. 117, co. 3, Cost., di cui si è detto. Come anticipato, infatti, le principali criticità evidenziate dalla dottrina costituzionalistica concernono il possibile sconfinamento di tali iniziative dai campi di materia di spettanza regionale<sup>60</sup>.

Senza poter in questa sede ripercorrere nel dettaglio i termini della discussione in corso, preme evidenziare i due profili che assumono rilevanza nell’ottica penalistica.

Per un verso, viene in rilievo l’obiezione critica secondo cui le proposte di legge regionale mirerebbero a introdurre un sinora inesistente “diritto di morire” tramite l’accesso al suicidio medicalmente assistito, giuridicamente azionabile nei confronti delle amministrazioni pubbliche: una simile previsione, si è sostenuto, collocandosi al di fuori del perimetro delle

<sup>57</sup> Entro tale lasso temporale si iscrive anche la fase di consultazione del Comitato etico, che esprime il suo parere entro sette giorni dal momento in cui riceve la documentazione trasmessa dalla Commissione (art. 5, co. 4); quest’ultima è tenuta ad attivarsi in tempo utile affinché il rispetto di tale termine sia compatibile con l’osservanza del termine complessivo di venti giorni per la conclusione della procedura di accertamento (co. 5).

<sup>58</sup> Anche in questo *iter* il periodo indicato comprende quello assegnato al Comitato etico per la redazione del parere, in tal caso di cinque giorni (art. 6, co. 5), il che impone alla Commissione di presentare la richiesta in tempo utile per il rispetto del termine complessivo di dieci giorni.

<sup>59</sup> P.F. Bresciani, *Sull’idea di regionalizzare il fine vita*, cit., 6.

<sup>60</sup> Del resto, la stessa logica della cedevolezza invertita non potrebbe mai giustificare – nemmeno in via transitoria – una violazione del riparto stabilito dalla Carta, essendo ammessa dalla giurisprudenza costituzionale solo in presenza di lacune normative statali in materie concorrenti o residuali, dove la latitudine dell’apporto regionale sia suscettibile di variare in funzione del concreto esercizio del potere legislativo centrale. Cfr. ancora P.F. Bresciani, *Sull’idea di regionalizzare il fine vita*, cit., 6, e sentenze ivi citate sub nt. 15 e 16.

libertà fondamentali tracciato dalla Corte costituzionale, eccederebbe anche la competenza regionale, perché investirebbe materie riservate allo Stato in misura esclusiva (ad es., l'ordinamento civile), ovvero la definizione di principi generali di materie concorrenti (ad es., la tutela della salute).

Per altro verso, a essere contestate sono le previsioni che aspirano a dettagliare le modalità e i tempi dell'accertamento dei requisiti di liceità del suicidio medicalmente assistito da parte delle strutture sanitarie: il tema specificamente penalistico – e dunque qui di maggiore interesse – è se tali regole, intervenendo sul presupposto “procedurale” introdotto dalla Consulta per escludere la punibilità dell'aiuto al suicidio, siano capaci di espandere o contrarre la “zona di libertà” dal rimprovero penale, eventualità che ne segnerebbe l'appartenenza alla “materia penale”, riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Rispetto al secondo profilo, va ancora cursoriamente evidenziato come questioni analoghe si ripropongano, in modo anzi ancor più accentuato, rispetto alla regolamentazione amministrativa già introdotta da alcune Regioni. Si pensi al caso, che recentemente ha fatto discutere, dell'emanazione in Emilia-Romagna di una disciplina contenuta in una determinazione del direttore generale dell'assessorato alla cura della persona, salute e *welfare*<sup>61</sup>. I contenuti sono per molti versi simili a quelli delle proposte di legge analizzate, concernendo le modalità e i tempi sia della verifica dei requisiti da parte di una commissione medica, sia della successiva prestazione dell'assistenza al suicidio (inclusiva anche della fornitura del farmaco), che deve essere gratuita e deve essere attuata da «personale adeguato, individuato su base volontaria».

In prospettiva penale, la scelta di demandare la disciplina in tema di suicidio assistito a una fonte addirittura sottordinata alla legge regionale può risultare ancor più problematica, perché chiama in causa il nucleo del principio di riserva di legge come vincolo di fonte primaria, ancor prima che come regola di competenza statale<sup>62</sup>. La questione centrale diventerebbe, infatti, quella dei limiti all'integrazione della norma penale da parte di fonti di rango secondario.

5. Il primo nodo da sciogliere riguarda la stessa ammissibilità di interventi normativi di provenienza regionale orientati a garantire il riconoscimento di un *diritto* a ricevere assistenza al suicidio: come si è visto, si tratta di un obiettivo espressamente dichiarato dalle proposte di legge *Liberi Subito*, che qualificano l'erogazione dei trattamenti da esse disciplinati quali oggetto di un diritto «individuale e inviolabile», specificando che quest'ultimo «non può essere limitato, condizionato o assoggettato ad altre forme di controllo al di fuori di quanto ivi previsto» (art. 1, co. 2), nonché, in via speculare, pongono a carico dell'amministrazione sanitaria un dovere di assistenza medica al suicidio, da prestare gratuitamente al paziente che si trovi nelle condizioni prescritte dalla Corte costituzionale. Una tale espressa e perentoria dichiarazione viene accuratamente evitata nella legge toscana, e tuttavia quest'ultima sembra comunque presupporre un “diritto a pretendere” del paziente, nella misura in cui delinea un obbligo di intervento dei servizi sanitari, precisamente scansionato nei suoi passaggi e, almeno pare, non condizionato da attribuzioni di discrezionalità amministrativa (la discrezionalità che si valorizza è, al più, quella tecnico-sanitaria ai fini dell'accertamento dei presupposti e della più attenta esecuzione della procedura).

<sup>61</sup> In tema, C. Caruso, *Al servizio dell'unità*, cit.; O. Pini, *Welfare regionale*, cit., 285 ss.

<sup>62</sup> Parte della dottrina costituzionalistica, peraltro, pur escludendo la legittimità di un intervento legislativo regionale in materia di suicidio assistito, ritiene maggiormente plausibile la regolamentazione tramite delibera, se opportunamente limitata: cfr. ad es. L. Busatta, *Come dare forma alla sostanza?*, cit., 191. Senza pretesa di completezza sul punto, ci sembra peraltro che la questione centrale stia nel definire quali aspetti possano essere regolamentati dalle regioni: se definibili in via amministrativa, infatti, non si comprende perché non possano esserlo con legislazione ordinaria.

In relazione a questo profilo, si riscontrano due posizioni alternative: (i) da un lato, si afferma che nelle iniziative in discorso si annida un'autentica opera di creazione *ex novo* di un diritto (regionale) a ricevere assistenza medica al suicidio, e si sostiene che ciò contrasterebbe con il riparto di competenze legislative Stato-Regioni<sup>63</sup>; (ii) all'opposto, vi è chi assegna all'intervento regionale un significato meramente *attuativo* di posizioni soggettive delineate dalla sent. n. 242/2019 e, quindi, ritenute già operanti nell'ordinamento<sup>64</sup>.

Chi sostiene la prima tesi muove dalla convinzione che la Corte costituzionale si sia limitata a riconoscere, nelle peculiari situazioni dalla stessa circoscritte, una mera *facoltà* di richiedere un aiuto per compiere il suicidio (a tal fine escludendo la punibilità dell'agevolatore), senza fondare alcun *diritto* a pretendere l'assistenza richiesta, né, di riflesso, alcun dovere di prestazione in capo a terzi<sup>65</sup>. Si fa notare, infatti, come la Consulta abbia espressamente escluso l'esistenza di un obbligo di procedere all'aiuto per i singoli medici e non abbia gravato le strutture sanitarie del dovere di predisporre le procedure organizzative necessarie ad assistere chi chieda di interrompere la vita: il che risulta evidentemente incompatibile con il riconoscimento di un diritto al suicidio. Al Servizio Sanitario Nazionale, pertanto, spetterebbero «meri oneri di verifica delle condizioni del paziente e delle modalità di esecuzione dell'aiuto al suicidio»<sup>66</sup>, in via strumentale all'esclusione della punibilità di chi volontariamente decida di prestare l'ausilio invocato.

Questa posizione, seppur in parte condivisibile, si presta ad alcune critiche. È senz'altro vero che la sentenza n. 242/2019, come ancora ribadito dalla n. 135/2024, non ha riconosciuto un "diritto della persona alla propria morte", implicante la pretesa a ottenere da terzi un aiuto a morire: si precisa all'opposto che l'ausilio del sanitario, pur dovendo ritenersi lecito se prestato alle condizioni previste, non è mai obbligatorio, vale a dire oggetto di un dovere di prestazione, perché resta demandato alla coscienza del singolo lo «scegliere se prestarsi, o no, a esaudire la scelta del malato».

Posta tale premessa, tuttavia, sembra erroneo trarre da essa la conclusione secondo cui, anche nei casi ora "liceizzati", il suicidio assistito resti una mera *libertà di fatto*, un puro "desiderio" confinato nel mondo del giuridicamente irrilevante. Nella visione che sembra ispirare la Corte costituzionale, la non punibilità parziale dell'aiuto al suicidio non esaurisce i propri effetti sul piano penale, ma trascina con sé un più ampio riconoscimento giuridico della situazione esistenziale di chi viene aiutato a darsi la morte<sup>67</sup>. La dichiarazione di incostituzionalità viene infatti fondata sulla «libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze»: alle condizioni individuate, la decisione del malato relativa alla propria morte costituisce l'esercizio di una vera "libertà costituzionale", radicata sugli artt. 2, 13 e 32 Cost., in cui sembra implicito – se non lo si vuole chiamare un diritto di morire – un diritto di scegliere di non soffrire di fronte alla morte<sup>68</sup>. Il

<sup>63</sup> M.G. Nacci, *Note critiche sulle iniziative legislative regionali*, cit.; Con diversa sfumatura, F. G. Pizzetti, *La proposta di legge piemontese*, cit., 15.

<sup>64</sup> C. Caruso, *Al servizio dell'unità*, cit.; P.F. Bresciani, *Sull'idea di regionalizzare il fine vita*, cit.

<sup>65</sup> M.G. Nacci, *Note critiche sulle iniziative legislative regionali*, cit., 6 ss.; in senso contrario alla configurazione di un obbligo di prestazione in capo al Sistema Sanitario Nazionale volto a «organizzare procedure sistematiche finalizzate a procurare la morte con farmaci letali» v. G. Razzano, *La proposta di legge sulle «Disposizioni in materia di morte volontaria medicalmente assistita»: una valutazione nella prospettiva costituzionale anche alla luce della sent. n. 50/2022*, in *www.federalismi.it*, 23.2.2022, 53 ss.; nella dottrina penalistica, esclude l'esistenza di un dovere non solo in capo ai singoli medici, ma anche al servizio sanitario, L. Eusebi, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura*, in *Corti supr. e salute* 2019, 197.

<sup>66</sup> M.G. Nacci, *Note critiche sulle iniziative legislative regionali*, cit., 7.

<sup>67</sup> Lo evidenzia F. Consulich, *La morte medicalmente assistita*, cit., 1077, che evidenzia come l'agevolazione della condotta suicidaria non sia divenuta solo atipica, ma del tutto lecita (una condotta solo atipica potrebbe essere illecita sul piano extrapenale).

<sup>68</sup> Cfr. altresì A. Vallini, *Morire è non essere visto*, cit., 817, che riconduce la libertà (non il diritto) di darsi la morte

riconoscimento di tale situazione soggettiva, come già rilevato (*supra*, § 3), si fonda sulla simmetria tracciata – secondo la logica del principio di uguaglianza/divieto di discriminazione (seppur non più richiamato espressamente dalla sent. n. 242/2019, a differenza di quanto aveva fatto l’ord. n. 207/2018) – con la condizione di chi abbia diritto di rifiutare i trattamenti sanitari per lasciarsi morire<sup>69</sup>: se la libertà di autodeterminazione impone «di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l’interruzione dei trattamenti sanitari [...], non vi è ragione» per escludere da tutela anche la richiesta «di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all’anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale»<sup>70</sup>.

Potrebbe ritenersi paradossale che al riconoscimento di un diritto soggettivo non corrisponda la previsione di obblighi positivi di cooperazione in capo a terzi: ma la contraddizione è solo apparente, e può facilmente risolversi ove ci si disancori da una concezione dei diritti fondamentali rigidamente ricalcata su quella dei diritti patrimoniali, ossia sullo schema dei rapporti di debito-credito<sup>71</sup>. Un simile paradigma non può funzionare nelle situazioni, come quelle qui considerate, dove nella relazione tra chi intende esercitare la propria libertà e chi sia investito di tale richiesta entrino concezioni esistenziali personalissime e intangibili, non necessariamente condivise.

La “libertà di coscienza” riconosciuta al sanitario<sup>72</sup> consegue, allora, all’impossibilità di imporre una condotta di attiva collaborazione alla morte altrui. Pertanto, non può essere percorso sino alla fine il parallelismo tra aiuto al suicidio e interruzione delle cure su cui, come si è appena detto, viene edificata la posizione soggettiva del malato. Se la simmetria “funziona” dal versante dei pazienti i quali, di fronte a comuni presupposti fattuali (malattia inguaribile, sofferenze intollerabili e necessità di supporti vitali), devono poter scegliere il modo per loro più dignitoso di affrontare la morte, non lo stesso può valere per i medici: esiste, è vero, una forte omogeneità assiologica tra chi agevola il morente e chi, in esecuzione di una volontà terapeutica, si astenga o interrompa le terapie salvavita<sup>73</sup>, ma le due fattispecie possono risultare al contempo molto diverse sul piano della percezione etica individuale, in ragione della differenza naturalistica che intercorre tra una condotta che contribuisce a provocare la morte (accelerandone il decorso eziologico) e quella che si limiti a non impedirla sospendendo le cure. È questo disallineamento a spiegare l’ineliminabile eterogeneità della posizione del medico, in un caso e nell’altro: solo nell’ipotesi del rifiuto di terapie, infatti, gli si può imporre un dovere di corrispondere alla volontà del malato, che si traduca nella necessità di obbedire a un mero divieto di attuare o proseguire i trattamenti respinti; al sanitario non potrebbe, invece, essere prescritto di collaborare in modo fattivo all’esecuzione di scelte autolesive, trattandosi di un contenuto estraneo alla sua posizione di garanzia.

Ciò non toglie, come si diceva, che anche al malato che chiede assistenza al suicidio sia riconosciuta una libertà costituzionalmente tutelata e, come tale, giuridicamente vincolante. Questa implica, anzitutto, il diritto di non essere ostacolato da terzi nell’attuazione di una

---

entro gli spazi tutelati dagli artt. 2, 3, 13, 32 Cost. e 8, 13, 14 Cedu.

<sup>69</sup> Si rinvia, per una più ampia e meditata ricostruzione del tema delle posizioni soggettive individuali di fronte alla morte, al contributo di F. Paruzzo, *Diritto e diritti di fronte alla morte*, in *Rivista AIC* 2019, p. 96 ss., e bibliografia *ivi* citata; nella letteratura penalistica, cfr. anche la bibliografia citata *supra*, *sub* nt. 20.

<sup>70</sup> C. cost., n. 242/2019.

<sup>71</sup> G. Gentile, *Il suicidio medicalmente assistito*, cit., 385.

<sup>72</sup> Tale per cui non dovrebbe neppure porsi un problema di obiezione di coscienza: G. Gentile, *Il suicidio medicalmente assistito*, cit., p. 385; A. Vallini, *Il tempo giusto del saluto*, cit., 458. V. altresì il Parere nr. 2/2020 del 14 febbraio 2020 della Commissione regionale di bioetica della Toscana, *Liceità condizionata del suicidio medicalmente assistito e sistema sanitario regionale* (riguardo al quale *infra*, nel testo), 10 s., ove, su analoghi presupposti, si definisce quella del medico “clausola di coscienza”, e non “obiezione di coscienza”; concetto, quest’ultimo, che presupporrebbe un “obbligo” di principio rispetto al quale obiettare, nel caso di specie insussistente, non potendosi dare un obbligo di collaborare all’esercizio di una altrui libertà su se medesimo.

<sup>73</sup> Lo evidenzia F. Consulich, *Stat sua cuique dies*, cit., 104.



decisione di procurarsi la morte, una volta che tale scelta sia autonomamente e liberamente formata<sup>74</sup>. La possibilità di accedere al suicidio assistito non potrebbe quindi essere rifiutata per ragioni etiche, o comunque diverse dall'inesistenza dei requisiti sostanziali prescritti dalla Corte. Né l'esecuzione del suicidio, una volta autorizzata dai servizi nazionali, potrebbe essere materialmente ostacolata da terzi (ci si potrebbe interrogare, anzi, sulla possibile rilevanza penale di una condotta impeditiva).

Fin qui, peraltro, si è rimasti ancora nel campo della "libertà da" impedimenti e restrizioni, la cui tutela esige un dovere di astensione a carico dei terzi (un *non facere*)<sup>75</sup>. Più delicato è se alla stessa possa accompagnarsi un diritto di pretendere qualcosa (un *facere*)<sup>76</sup>. Sono diversi i profili da tenere in considerazione.

5.1. Come si è detto, la sent. 242/2019 attribuisce alle strutture sanitarie pubbliche il compito di gestire la procedura di accertamento delle condizioni di liceità dell'aiuto al suicidio (v. *supra*, § 3). Si tratta di una disciplina che la Corte costituzionale immagina come già immediatamente esecutiva: ne è ulteriore conferma, da ultimo, l'invito rivolto dalla sent. 135/2024 (non solo al legislatore ma anche, e autonomamente) al servizio sanitario nazionale di intervenire «prontamente ad assicurare concreta e puntuale attuazione ai principi fissati» dalle precedenti pronunce (§ 10).

Dal carattere *self-executive* della procedura delineata dalla sent. 242/2019 discendono alcune conseguenze sul piano degli obblighi che, già allo stato attuale, devono ritenersi sussistenti in capo sia ai medici del servizio sanitario, sia agli stessi soggetti pubblici.

Il coinvolgimento dei sanitari deriva dalla circostanza che la Corte costituzionale, tramite il richiamo operato agli artt. 1 e 2 l. 219/2017, abbia calato la verifica dei presupposti di legittimità dell'aiuto al suicidio nel quadro della relazione terapeutica medico-paziente. Sul soggetto qualificato – al quale, è vero, non potrà mai essere imposta la realizzazione di condotte di sostegno materiale al suicidio *ex art. 580 Cp* (ad es. la prescrizione o la messa a disposizione del farmaco) – permane invece «– *ex art. 32, comma 1, Cost.*, ed *ex l. 219/2017* – l'ordinario obbligo diagnostico e prognostico a fronte di patologie, e quello di tutelare la salute residua anche di chi intenda suicidarsi»<sup>77</sup>. Ne consegue, in particolare, che il medico è tenuto a fornire al paziente la necessaria assistenza sanitaria, a informarlo delle sue condizioni e a ridurne la sofferenza, sia nella fase in cui la decisione suicidaria viene maturata (quando dovrà, inoltre, essere prospettata la possibilità di accesso al percorso palliativo), sia successivamente, durante l'esecuzione del suicidio: anche in quest'ultimo momento, infatti, non viene meno il compito del sanitario di assistere il paziente e di alleviarne il dolore a fronte di eventuali complicanze<sup>78</sup>. Altro piano del discorso è quello dei doveri delle strutture sanitarie. Il ruolo dei servizi è essenziale nell'economia del ragionamento della Corte costituzionale: la liceizzazione dell'aiuto al suicidio non equivale a una sua *liberalizzazione*, ma comporta la definizione di un'area di controllo assegnata in via esclusiva all'amministrazione pubblica; si vuole infatti evitare che «qualsiasi soggetto – anche non esercente una professione sanitaria – [possa] lecitamente offrire, a casa propria o a domicilio, per spirito filantropico o a pagamento», il supporto a morire<sup>79</sup>. L'espletamento dell'attività di verifica demandata all'ente pubblico, pertanto, costituisce la stessa condizione per la non punibilità della condotta di agevolazione *ex art. 580 Cp*. Tale compito non può non ritenersi doveroso: diversamente il cittadino, il quale

<sup>74</sup> G. Gentile, *Il suicidio medicalmente assistito*, cit., 386.

<sup>75</sup> F. Paruzzo, *Diritto e diritti di fronte alla decisione di morire*, cit., 135.

<sup>76</sup> L. Eusebi, *Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019*, cit., 197.

<sup>77</sup> A. Vallini, *Il tempo giusto del saluto*, cit., 459.

<sup>78</sup> A. Vallini, *Il tempo giusto del saluto*, cit., 458-459.

<sup>79</sup> C. cost., ord. 207/2018.

intenda rispondere a una legittima richiesta di aiuto a morire, verrebbe a trovarsi nella paradossale impossibilità di rispettare il precetto penale. In altri termini, all'*onere* di ottenere l'accertamento dei requisiti da parte dell'aspirante agevolatore corrisponde un vero e proprio *obbligo* di procedere in tal senso da parte dei servizi sanitari.

Non solo: il ruolo di controllo pubblicistico si proietta oltre l'accertamento della sussistenza dei requisiti di non punibilità del suicidio assistito, dovendo investire anche le concrete modalità prescelte per l'esecuzione del suicidio, al fine di evitare abusi, tutelare la dignità del paziente e garantire la minima sofferenza possibile nel momento della morte.

Si stanno orientando in questa duplice direzione i giudici di merito, che già in alcune occasioni hanno censurato l'inerzia delle amministrazioni sanitarie, condannandole ad avviare la procedura descritta dalla Corte costituzionale. Si è affermato, più precisamente, che in capo ai servizi sanitari incombono due obblighi (cui corrispondono altrettante pretese individuali): (i) quello di accertare la sussistenza dei presupposti indicati nella sent. 242/2019 ai fini della non punibilità della condotta di agevolazione suicidaria realizzata dal terzo; (ii) quello di verificare sul piano tecnico-scientifico, anche tramite il parere del Comitato etico competente, l'effettiva idoneità ed efficacia delle modalità esecutive e del farmaco prescelti ad assicurare la morte più rapida, indolore e dignitosa possibile<sup>80</sup>.

Rispetto alle situazioni di diritto/dovere descritte, dunque, non ha neppure senso discutere dell'esistenza di una competenza legislativa regionale: non si tratterebbe, infatti, di introdurre nuovi diritti, ma di ribadire posizioni soggettive che già esistono e che già impongono ai servizi sanitari, prima e a prescindere dall'approvazione di una legge, di predisporre sul piano organizzativo in modo da consentire l'avvio e l'espletamento della procedura necessaria.

Più controverso, invece, è se le Regioni possano prevedere un vero e proprio diritto del paziente, che versi nelle note quattro condizioni, di accedere al suicidio medicalizzato, tramite l'assunzione del farmaco letale. Una pretesa di questo tipo, come si è detto, non è stata espressamente riconosciuta dalla Corte costituzionale: né può, quindi, ritenersi ad oggi sussistente un corrispondente dovere di prestazione in capo ai soggetti pubblici<sup>81</sup>. Nondimeno, la previsione legislativa di una situazione soggettiva formulata in questi termini – purché rispetti la libertà di coscienza dei singoli operatori sanitari – non contrasterebbe con la prospettiva della Corte costituzionale, ma, al contrario, concorrerebbe a realizzare la libertà del paziente posta a fondamento della decisione sull'art. 580 Cp, evitando irragionevoli discriminazioni nel suo esercizio: quella di autodeterminarsi al suicidio, infatti, è una scelta che, nelle situazioni tipiche considerate dalla Corte costituzionale, per lo più non può essere realizzata in modo autonomo, ma risulta in concreto subordinata alla possibilità di entrare in contatto con medici disposti a prestare l'aiuto, oltre che di sostenere sul piano economico l'acquisto del farmaco.

Il legislatore ben potrebbe, in definitiva, riconoscere ai soggetti individuati dalla Corte la possibilità di pretendere dall'ente sanitario l'ausilio necessario ad auto-procurarsi la morte, in

<sup>80</sup> In particolare, v. Trib. Ancona, ord. 9 giugno 2021.

<sup>81</sup> Nella giurisprudenza di merito si rinvengono sul punto risposte diverse. Una recente decisione del Tribunale di Trieste (v. Trib. Trieste, ord. 16 luglio 2024) ha prospettato la soluzione positiva, affermando che: «nell'ambito del rapporto giuridico di pedalità tra l'Azienda sanitaria del S.S.N. e il paziente, [nel caso in cui sussistano i requisiti richiesti dalla sent. 242/2019, nda], l'Azienda *deve offrire* al medesimo paziente, in alternativa al trattamento sanitario della sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore [...], *la possibilità di porre fine alla propria esistenza* con l'assunzione libera e consapevole di uno o più farmaci che lo conducano a morte certa, rapida, indolore e, per la sua soggettiva concezione, dignitosa». In altri casi si è osservato, in senso contrario, come un simile obbligo contrasterebbe con l'incoercibilità della cooperazione del medico, se si considera che la condotta di aiuto, per essere ritenuta non punibile, deve inserirsi all'interno della relazione terapeutica e, dunque, l'esecuzione materiale della richiesta (ad es. tramite la prescrizione o l'acquisto del medicinale) comunque richiede la collaborazione del singolo sanitario (così Trib. Ancona, cit.).

particolare la fornitura del farmaco (nonché la sua gratuità). Altra questione è se a farlo possa essere una legge regionale, considerato che la stessa, sotto questo profilo, non si porrebbe in rapporto strettamente attuativo rispetto a prescrizioni già poste dai giudici costituzionali: a prescindere dalla possibilità per le regioni di fissare livelli essenziali di assistenza superiori rispetto a quelli garantiti a livello nazionale, fondare un “diritto” a ricevere l’erogazione di un trattamento sanitario sembra, invero, coinvolgere principi fondamentali in materia di salute, attraendone la competenza a livello statale.

Sotto questo punto di vista, d’altra parte, l’aspetto realmente critico della proposta di legge pare essere esclusivamente la configurazione in termini di “diritto” della pretesa di ricevere la somministrazione del farmaco. Non sembrano invece contrastare con le competenze regionali, per le ragioni esposte, sia la previsione di una pretesa all’attivazione della procedura di accertamento dei requisiti e di controllo dell’adeguatezza delle modalità esecutive del suicidio, sia la predisposizione di norme organizzative dei servizi sanitari che si traducano in protocolli uniformi per la gestione delle richieste di assistenza medica al suicidio, anche nella fase di somministrazione del farmaco.

6. Una seconda questione che, come anticipato, interseca l’ottica penalistica, congiuntamente a quella di diritto costituzionale, riguarda la compatibilità degli articolati normativi in discussione con il principio della riserva di legge statale in materia penale. Tra gli argomenti contrari all’approvazione delle proposte di legge, infatti, vi è quello secondo cui le previsioni regionali in esame sarebbero suscettibili di ingerire illecitamente nel settore dell’ordinamento penale, quale (ulteriore) materia che la Costituzione colloca tra le competenze esclusive dello Stato (art. 117, lett. l, Cost.)<sup>82</sup>.

La critica muove da una preoccupazione condivisibile: se alle Regioni si consentisse, sia pur indirettamente, di incidere sull’art. 580 Cp, ne deriverebbe il rischio di una punibilità “frammentata”, territorialmente disomogenea, per tale reato, nel senso che la responsabilità penale per un identico fatto di agevolazione suicidaria potrebbe risultare esclusa o affermata in ragione del luogo in cui l’evento si realizza. A soffrire sarebbe, in definitiva, la stessa *ratio essendi* del vincolo di competenza statale in materia penale impresso dall’art. 117 Cost., che, come appena detto, sottrae in radice il territorio dello *ius criminalis* alla potestà legislativa delle Regioni: sebbene la fonte regionale non abbia minore dignità rappresentativa di quella statale, essendo a questa “comprimaria”, sarebbe infatti il principio di uguaglianza a precluderne l’espansione in una materia, come è tipicamente quella penale, che coinvolge scelte essenziali sui diritti e le libertà della persona, rispetto alle quali, quindi, occorre garantire uniformità a livello nazionale, incompatibile con la presenza di regimi territoriali differenziati<sup>83</sup>.

Inoltre, il limite all’ingresso della legge regionale nell’ordinamento penale assume carattere generale, ossia vale sia per l’attività legislativa con effetto espansivo, sia per quella a effetto riduttivo dell’area penalmente rilevante<sup>84</sup>. Considerata, poi, la naturale “trasversalità” del diritto penale ai settori di disciplina più diversi, il vincolo statale non viene meno neppure quando, come potrebbe accadere nel caso qui in esame, ci si muova in campi di materia che rientrano nella competenza regionale concorrente<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Prospetta dubbi di legittimità in tal senso F.G. Pizzetti, *La proposta di legge piemontese*, cit., 16.

<sup>83</sup> Sul principio della riserva di legge rispetto alle fonti regionali, e sul suo fondamento costituzionale prima della riforma dell’art. 117 Cost., cfr. S. Vinciguerra, *Le leggi penali regionali. Ricerca sulla controversa questione*, Milano 1974; C. Piergallini, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del “tipo”*, in *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, a cura di E. Dolcini, T. Padovani, F. Palazzo, Milano 1994, 103 ss.; P. Bonetti, *La potestà legislativa in materia penale tra Stato e Regioni*, in *Ordinamento penale e fonti non statali*, a cura di C. Ruga Riva, Milano 2007, 265 ss.; C. Ruga Riva, *Diritto penale, regioni e territorio*, Milano 2012.

<sup>84</sup> C. Sotis, *Il principio di legalità*, in *Il sistema penale*, a cura di C. E. Paliero, Torino 2024, 98.

<sup>85</sup> C. Cost. n. 185/2004.

D'altra parte, proprio nelle ipotesi da ultimo indicate, la coesistenza di prerogative centrali e periferiche crea inevitabili spazi di sovrapposizione<sup>86</sup>. Sebbene resti sempre fermo il divieto "forte" per la legge regionale di introdurre così come di abolire ipotesi criminose, ovvero di prevedere cause di non punibilità, vi sono alcuni ambiti in cui sembrerebbero aprirsi varchi per possibili interazioni, giungendo in alcuni casi ad ammettere un parziale allentamento del carattere assoluto della riserva di legge: il tema è discusso, come si dirà a breve, sia sul fronte dell'integrazione degli elementi normativi, sia sul peculiare versante delle cause di giustificazione.

Ebbene, le previsioni regionali qui discusse sembrano collocarsi in questi territori "intermedi": pur senza impattare in modo diretto ed esplicito sulla sotto-fattispecie di non punibilità introdotta dalla Corte costituzionale per l'aiuto al suicidio, le stesse potrebbero incidere in modo collaterale su alcuni elementi richiamati dalla disposizione penale.

Due sono, allora, gli aspetti che occorre chiarire per verificare la conformità degli interventi normativi in esame con il vincolo costituzionale di competenza statale: da un lato, se le disposizioni richiamate effettivamente (e in che misura) interagiscano con l'area di punibilità del delitto di aiuto al suicidio; dall'altro, se quell'eventuale punto di contatto sia, o meno, compreso entro i limiti entro cui è considerata ammissibile l'integrazione regionale in materia penale.

6.1. In primo luogo, dunque, occorre individuare la tipologia di interferenza tra diritto regionale e diritto penale di cui deve discutersi. Come anticipato, i disegni legislativi in esame, e adesso la legge toscana, dichiarano esplicitamente di voler assicurare il rispetto dei principi stabiliti dalla sentenza n. 242/2019 (art. 1); pertanto, essi riproducono letteralmente o per rinvio (art. 2) i requisiti per l'accesso al suicidio assistito contenuti nel dispositivo della declaratoria di incostituzionalità. Non si evidenzia, sotto questo aspetto, un effetto modificativo della fattispecie introdotta dalla Corte costituzionale.

A venire in riferimento, piuttosto, sono le norme già brevemente esaminate che disciplinano la procedura di *verifica* delle condizioni sostanziali di liceità del suicidio, precisando i soggetti coinvolti, nonché modi e tempi del suo svolgimento (v. *supra*, § 4). Queste disposizioni, dunque, dettagliano i passaggi formali che la Corte costituzionale impone di compiere quale ulteriore presupposto per la non punibilità delle condotte di aiuto, a tutela, come si è detto, delle situazioni di maggiore vulnerabilità di fronte alla morte: in altre parole, il necessario accertamento da parte delle strutture del servizio sanitario nazionale delle situazioni liceizzanti il suicidio assistito, nonché delle modalità esecutive di quest'ultimo, previo parere del comitato etico territorialmente competente (v. *supra*, § 3).

È, allora, necessario individuare il ruolo che tale presupposto procedimentale, su cui gli atti normativi regionali vorrebbero incidere, ricopre all'interno della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 580 Cp.

La risposta parrebbe anzitutto condizionata dalla natura giuridica della causa di non punibilità introdotta dalla Corte costituzionale, in cui la stessa procedura si innesta: il discorso si complica subito, atteso il carattere controverso di tale inquadramento dogmatico, non chiarito dalla sent. 242/2019 e ricostruito diversamente dagli interpreti sui piani dell'antigiuridicità, della tipicità del fatto o della colpevolezza.

Parte della dottrina, più precisamente, individua nell'*iter* di accertamento pubblico l'elemento qualificante di una c.d. scriminante procedurale<sup>87</sup>: l'idea di fondo, che spiega il ricorso a tale

<sup>86</sup> C. Piergallini, *Norma penale e legge regionale*, cit., 103 ss.

<sup>87</sup> L'elaborazione di tale categoria si deve a W. Hassemer, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gegenrede. Aufklärung-Kritik-Öffentlichkeit. Festschrift für Gottfried Mahrenholz*, a cura di H. Däubler-Gmelin, K. Kinkel, H. Meyer, H. Simon, Baden Baden 1994; in tema si veda il lavoro monografico di A. Sessa, *Le giustificazioni procedurali nella teoria*

categoria, è che il fatto dell'agevolazione al suicidio, pur rimanendo “tipico” in quanto lesivo del bene vita protetto dal reato, possa essere giustificato – e, quindi, trasportato in un'area di neutralità da giudizi normativi – in presenza di condizioni che eccezionalmente consentono di far prevalere un interesse opposto a quello oggetto di tutela penale (*id est*, il diritto di autodeterminarsi scegliendo di morire), ma solo se prima sia superato il filtro di un controllo pubblicistico sulla genuinità e sui presupposti per l'esercizio della libertà individuale<sup>88</sup>. La liceità “condizionata” dell'aiuto al suicidio si fonderebbe, dunque, sulla logica tipicamente esimente del bilanciamento tra valori in conflitto, ma con la precisazione che questo non potrebbe essere svolto una volta per tutte dal potere pubblico, giacché esso investe scelte etiche non condivise a livello sociale<sup>89</sup>: lo Stato si limiterebbe a svolgere un ruolo formale, di vigilanza *ab externo*, a garanzia di possibili abusi e interferenze rispetto a una scelta che, nel merito, viene consegnata allo stesso individuo titolare dei beni in gioco, il solo a poter giudicare la prevalenza tra la propria vita o una morte per lui dignitosa.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, non sarebbe necessario ricorrere alla categoria delle scriminanti per spiegare la non punibilità dell'aiuto al suicidio: le condotte rispondenti ai noti quattro requisiti, infatti, semplicemente cadrebbero al di fuori del “tipo criminoso” dell'art. 580 Cp, perché estranee alla *ratio* di tutela di quest'ultimo<sup>90</sup>. Assunto di tale tesi è che, per effetto della rilettura data dalla sentenza n. 242/2019, l'incriminazione dell'agevolazione al suicidio possa trovare un senso costituzionale solo ove si svincoli da un'idea di protezione in sé della vita, come valore assoluto, intangibile e sacro, e invece si colleghi a una più laica tutela della fragilità psicologica di chi progetta di uccidersi a causa di difficoltà transitorie o di pressioni ambientali, culturali o economiche esterne. A tali situazioni non sarebbero sovrapponibili i casi di suicidio assistito eutanasico, del tutto diversi “per connotazioni esistenziali, dinamiche psicologiche, implicazioni di valore, statuto fenomenologico”<sup>91</sup>: rispetto a decisioni di morire lucidamente maturate in condizioni di malattia e dolore insostenibile, l'impiego del divieto

---

*del reato. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli 2018. Sul tema delle scriminanti procedurali si vedano anche: M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano 2004, 27 ss.; Id., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in RIDPP 2009, 1646 ss.; M. Romano, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in RIDPP 2007, 1269 ss.; F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino 2018, 38 ss.

<sup>88</sup> Per questa ricostruzione, ancor prima della sentenza della Corte costituzionale, M. B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, cit., p. 253 ss. Attualmente la tesi è prevalente in dottrina: v. *ex multis*, C. Cupelli, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3.12.2018, 89; M. Donini, *Libera nos a malo*, cit., 221 ss.; L. Risicato, *La Consulta e il suicidio assistito*, cit., 5; G. De Francesco, *Il suicidio assistito*, cit., 6; A. Sessa, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della consulta n. 207/2018*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6.5.2019; R. Bartoli, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, ivi, 8.4.2019; S. B. Taverriti, *Norme esimenti e aiuto al suicidio*, cit., 21. Si tratta invece di scriminante costituzionale, e non procedurale, secondo F. Consulich, *La morte medicalmente assistita*, cit., 1090 ss., in quanto la procedura non avrebbe alcun valore autonomo, ma sarebbe prevista in funzione strettamente servente rispetto ai requisiti sostanziali della causa di giustificazione. Cfr. già (prima di C. Cost. 242/2019) Id., *Stat sua cuique dies*, cit., 116 ss., ove si osserva come tale scriminante non discenderebbe dal diritto alla salute ex art. 32 Cost., ma potrebbe applicarsi solo nei casi in cui quest'ultimo non sia più esercitabile, alla luce dei diversi principi della dignità e personalità dell'individuo fondati sull'art. 2 Cost.

<sup>89</sup> Evidenzia questo aspetto F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., p. 38 ss.

<sup>90</sup> Tra gli altri, A. Nappi, *Suicidio medicalmente assistito e omicidio del consenziente pietatis causa*, cit.; S. Seminarà, *Morte assistita, suicidio ed eutanasia (tra Corte costituzionale, quesito referendario e Parlamento)*, in DPP 2022, 942; M. Romano, *Fine vita e suicidio assistito*, cit., 961; A. Massaro, *La natura “costituzionalmente necessaria” dell'art. 579 Cp: la Consulta dichiara inammissibile il referendum in materia di “eutanasia legale”*, in CP 2022, 2182. Prima della sentenza della Corte costituzionale, parlava di una evidente «sovraestensione del tipo legale» V. Manes, *Aiuto a morire, dignità del malato*, cit., 49. Evidenzia come nelle condotte considerate dalla Corte costituzionale abbia senso «parlare di non offensività dell'aiuto al suicidio», perché l'incriminazione penale non assolverebbe ad alcuna effettiva funzione di tutela, D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, cit., 71.

<sup>91</sup> A. Vallini, *Morire è non essere visto*, cit., 818.

penale perderebbe semplicemente qualunque ragion d'essere, al di fuori di insostenibili concezioni eticizzanti dirette a imporre un "dovere di vivere". La necessità di tutela penale tornerebbe ad affacciarsi in un'ottica differente, ossia nell'esigenza di garantire, tramite un controllo anticipato affidato a soggetti qualificati, l'autenticità della scelta suicidaria e la dignità delle modalità esecutive del suicidio: anche l'elemento procedurale, in tal modo, andrebbe collocato sul piano della tipicità del fatto, nel senso che il mancato rispetto del prescritto *iter* di accertamento ricondurrebbe la fattispecie concreta entro i confini dell'aiuto punibile, inibendo il perfezionarsi della causa di esclusione del tipo delineata dalla Corte. Questa seconda opzione pare personalmente preferibile: se non altro perché individuare ancora nella vita, in sé considerata, il bene tutelato dall'art. 580, significherebbe concepire la stessa in termini di sacralità e indisponibilità, fino ad ammettere l'esistenza di un oggettivo "dovere di vivere" con cui la libertà di morire del malato dovrebbe essere bilanciata<sup>92</sup>; una concezione, questa, sostenibile nell'originaria impostazione codicistica, ma non all'interno di un ordinamento penale autenticamente laico<sup>93</sup>.

Un terzo orientamento, infine, dai requisiti di non punibilità dell'aiuto al suicidio trae l'esistenza di una causa scusante, sull'idea dell'impossibilità di esigere soggettivamente un comportamento diverso da parte del medico che, per ragioni di umanità, corrisponda a una richiesta di assistenza nel morire<sup>94</sup>: residuerebbe, dunque, sia la tipicità, sia l'antigiuridicità del fatto, pur considerato non rimproverabile al suo autore. Non sembra, tuttavia, che tale tesi corrisponda alla prospettiva valoriale condivisa dalla Corte costituzionale, che al contrario sembra muovere dall'idea che, alle condizioni individuate, l'aiuto al suicidio non possa dirsi un fatto illecito. Inoltre, occorre evidenziare come il richiamo al piano soggettivo della responsabilità penale collida proprio con la previsione dell'articolata procedura demandata alle strutture sanitarie, che si fonda sull'accertamento *oggettivo* delle condizioni che consentono di escludere la punibilità dell'agevolazione suicidaria. Come è stato perspicuamente osservato, «una volta richiesto che il fatto si svolga all'interno di una struttura sanitaria e sia preceduto da adeguati accertamenti sulle condizioni della malattia e sulla volontà dell'interessato, perde ogni rilievo il movente altruistico della condotta, che viceversa appartiene a una scusante integralmente incentrata sul rapporto tra autore e vittima»<sup>95</sup>.

In ogni caso, a prescindere dalla divisibilità dell'uno o dell'altro orientamento, quel che interessa domandarsi in tal sede è se dalla collocazione dogmatica della sotto-fattispecie di aiuto al suicidio possano derivare conseguenze diverse ai fini dell'individuazione di eventuali spazi di integrazione della fonte regionale, che su quella stessa fattispecie vada a incidere. Si prenderà, a tal fine, in considerazione la sola alternativa qualificatoria tra causa di esclusione

<sup>92</sup> S. Seminara, *Morte assistita*, cit., 943, che evidenzia anche come, nel caso del suicidio assistito, possa al più parlarsi di un conflitto interiore tra scelte coscienziali, ma non di un bilanciamento esterno, perché manca un interesse esterno contrapposto a quello del malato.

<sup>93</sup> Sembra che il significato offensivo dell'art. 580 Cp, in una prospettiva laica, sia illuminato dall'esistenza di un dovere di solidarietà "rafforzato" che l'ordinamento impone ai consociati al cospetto di situazioni di vulnerabilità suicidaria: di fronte alle (implicite) richieste di "aiuto" che sono talora sottese alle scelte di "levar la mano su di sé", l'ordinamento non si limita a imporre un dovere generico di soccorso attivo (art. 593 Cp), ma sanziona più gravemente colui che, non solo non si attivi ma, addirittura, dia un contributo fattivo alla realizzazione dell'atto autolesivo. Insomma, da un punto di vista sistematico, l'art. 580 Cp pare esprimere una sorta di un approfondimento dell'offesa rispetto all'art. 593 Cp (anziché porsi *tout court* a protezione dell'offesa alla vita altrui, secondo il modello di tutela dell'art. 575 Cp): ma si tratta di una suggestione qui solo abbozzata e che ci proponiamo di sviluppare meglio in altra sede.

<sup>94</sup> Si tratta della tesi autorevolmente sostenuta da M. Romano, *Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 8.1.2020, 9. Successivamente, tuttavia, l'Autore ha rimeditato la propria posizione alla luce dell'attuale disciplina legislativa, aderendo alla tesi dell'esclusione della tipicità (v. *supra*, sub nt. 90).

<sup>95</sup> S. Seminara, *Morte assistita*, cit., 945; sull'impossibilità di configurare scusanti procedurali v. anche M. Donini, *Il senso "ammissibile" del quesito referendario sull'aiuto a morire*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 30.11.2021, 4.

del tipo e scriminante, sul presupposto, come si è evidenziato, che la condizione procedurale investita dal diritto regionale sia incompatibile con una ricostruzione in termini di colpevolezza.

6.2. Rientra in campo il tema, cui si è prima accennato, dei limiti entro cui può essere ammessa l'interferenza legislativa delle Regioni nelle zone "grigie" o di confine, come quella qui esaminata: nei casi, cioè, in cui non ci si misuri tanto con rivendicazioni *frontali* di potestà incriminatrice da parte della fonte periferica – pacificamente ricadenti sotto il divieto costituzionale –, bensì con più evanescenti influenze *mediate* (se non, in taluni casi, meramente *apparenti*). Questo problema, in effetti, è stato tradizionalmente declinato in termini diversi sul fronte della tipicità e su quello della giustificazione.

Sul primo versante, esclusa ogni possibilità di fonti diverse dalla legge di ampliare o ridurre i confini del fatto tipico, si tende però ad ammettere un contributo delle Regioni alla definizione del precetto tramite la tecnica dei c.d. elementi normativi<sup>96</sup>: ciò può verificarsi quando la qualificazione di norme o di concetti definitivi "incorporati" nella struttura del tipo criminoso sia suscettibile di intersecare, in tutto o in parte, materie di competenza regionale. In tali situazioni, può sicuramente riconoscersi alla fonte regionale un ruolo integrativo della fattispecie criminosa secondo il modello della c.d. specificazione tecnica, ossia nei medesimi limiti entro cui già si ammette l'intervento di fonti sublegislative: il principio di riserva di legge, infatti, non risulta compromesso, poiché l'apporto normativo (secondario o periferico che sia) esaurisce i propri effetti all'*esterno* della portata del precetto. Alla legge regionale, peraltro, si suole attribuire una capacità di incidenza sulla fattispecie penale più ampia di quella propria dell'integrazione di fonti subordinate, secondo uno schema di tipo "collaborativo-funzionale": si tratta delle ipotesi in cui il contributo legislativo territoriale non si limiti a precisare il precetto, ma concorra a realizzare le scelte di politica criminale espresse dal Parlamento tramite un vero e proprio «giudizio di "adattamento" al caso concreto, connaturato alle specificità delle esigenze locali»<sup>97</sup>. Anche in queste situazioni, infatti, l'intervento regionale non si pone in rapporto *oppositivo* alla norma penale statale, ma esprime una funzione *attuativa* di opzioni di tutela già interamente compiute a livello nazionale<sup>98</sup>.

Il discorso si fa più complesso quando ci si sposta a considerare il tema delle possibili interferenze di norme regionali sul versante delle cause di giustificazione: a essere evocata, infatti, è qui una tensione oppositiva, conflittuale, tra l'assetto di tutela penale delineato a livello statale e un'eventuale opzione di segno esimente espressa dalle Regioni<sup>99</sup>. Su questo fronte, i limiti della riserva di legge statale sono tradizionalmente intesi in modo meno rigoroso<sup>100</sup>: l'esigenza di una considerazione peculiare deriverebbe dal fatto che le cause di esclusione dell'antigiuridicità, a differenza di quelle del fatto tipico, sono in prevalenza ritenute di natura non penale, in quanto espressive di un giudizio di liceità valevole per l'intero ordinamento; inoltre, si osserva che è ben possibile che le Regioni, nelle materie di propria competenza, riconoscano ai cittadini diritti e doveri, suscettibili in astratto di integrare l'art. 51 Cp e, quindi, di assumere valenza giustificatrice delle fattispecie di reato con cui si trovino a entrare in conflitto<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> F. Palazzo, *Costituzione e scriminanti*, in RIDPP 2009, 1043. In tema v. anche M. Romano, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in RIDPP 2008, 544; C. Ruga Riva, *Diritto penale, Regioni e territorio*, cit., 39 ss.

<sup>97</sup> C. Piergallini, *Norma penale e legge regionale*, cit., 134.

<sup>98</sup> C. Piergallini, *Norma penale e legge regionale*, cit., 149-150.

<sup>99</sup> F. Palazzo, *Costituzione e scriminanti*, cit., 1043 ss.

<sup>100</sup> V. ampiamente sul tema C. Ruga Riva, *Diritto penale, Regioni e territorio*, cit., 61 ss.

<sup>101</sup> F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 355.

Tuttavia, pur all'interno di un dibattito articolato, tanto la dottrina maggioritaria, quanto la consolidata giurisprudenza costituzionale escludono la configurabilità di c.d. scriminanti regionali<sup>102</sup>. A tale conclusione si perviene, da un lato, considerando le norme penali quali principi fondamentali delle singole materie di competenza concorrente in cui intervengono, dunque come limiti all'introduzione per via regionale di diritti e doveri con efficacia scriminante<sup>103</sup>. Dall'altro lato, si evidenzia come le scelte di giustificazione, nella misura in cui creano spazi di liceità che portano a impedire l'applicabilità di norme criminali, incidano sull'ambito della responsabilità penale al pari di quelle di incriminazione e siano, quindi, riconducibili alla competenza esclusiva dello Stato in materia di "ordinamento penale"<sup>104</sup>.

Scartata, in definitiva, la possibilità di prevedere per legge regionale diritti e doveri direttamente scriminanti, occorre d'altra parte evidenziare come possa comunque riconoscersi alle Regioni una circoscritta competenza in materia di cause di giustificazione, consistente nella specificazione o integrazione di scelte esimenti già espresse a livello nazionale, le quali richiedano di essere adeguate per tener conto delle specificità territoriali: in definitiva, si ripropongono anche in quest'ambito i medesimi principi propri del modello collaborativo-attuativo già sperimentato sul fronte del precetto. La norma di liceità regionale, più precisamente, può legittimarsi entro due limiti di ragionevolezza: in positivo, occorre che esista un interesse territoriale da tutelare mediante la disposizione locale; in negativo, deve essere evitata una protezione disomogenea di interessi essenziali oggetto di tutela penale<sup>105</sup>.

In proposito, pare utile richiamare, per la vicinanza con il tema che ci occupa, la sentenza n. 253/2006 della Corte costituzionale, relativa a una legge della Regione toscana che interveniva sulla disciplina del consenso informato in ambito sanitario, attribuendo ai maggiorenni un diritto alla designazione di un rappresentante ai fini della manifestazione del consenso in casi di urgenza e indifferibilità della decisione sulle cure: sebbene giudicata illegittima per contrasto con il vincolo di competenza in materia di ordinamento civile, la Corte non ha censurato la normativa in relazione alla riserva di legge in materia penale. Come osservato in dottrina, infatti, la norma regionale non contraddiceva la *ratio* della disciplina del consenso, né limitava i diritti protetti da norme penali, limitandosi a contribuire all'attuazione locale delle politiche in tema di salute<sup>106</sup>.

Da questa ricostruzione può trarsi una prima conclusione. Stando all'orientamento prevalente di cui si è dato conto, l'inquadramento dogmatico della fattispecie di non punibilità in esame non risulta realmente decisivo ai fini dell'individuazione dei limiti della riserva di legge statale, se è vero che gli spazi per l'ingresso di fonti regionali non variano in modo sostanziale negli ambiti della tipicità e della giustificazione. Piuttosto, la conformità al vincolo di competenza potrà essere vagliata al metro del descritto criterio attuativo-funzionale, ossia verificando che l'incidenza della norma regionale sia contenuta nei limiti dell'implementazione di una scelta politico-criminale già espressa a livello nazionale, senza, quindi, che sia sacrificata la tutela penale degli essenziali interessi coinvolti.

<sup>102</sup> Cfr. C. Cost., n. 185/2004.

<sup>103</sup> F. Palazzo, *Costituzione e scriminanti*, cit., 304; *contra* C. Ruga Riva, *Diritto penale, Regioni e territorio*, cit., 66 ss. secondo cui le scelte di incriminazione non coinvolgerebbero i principi fondamentali della materia, essendo questi ultimi da riferirsi alla materia-oggetto e non alla materia come modo di disciplina.

<sup>104</sup> Come rileva F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 359, «la giustificazione di una condotta è spesso una scelta politico-criminale e come tale va trattata nell'ottica della ripartizione delle competenze tra Stato e Regione; è, in definitiva, una *questione penalistica*».

<sup>105</sup> F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 374 ss. e 379, che aggiunge anche il limite normativo di sistema, evincibile dalla struttura dell'art. 117 Cost., costituito dalla necessità che le norme di liceità regionale rispettino i principi fondamentali della materia stabiliti dallo Stato nei settori a competenza concorrente.

<sup>106</sup> F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., 382.



6.3. Ridimensionata la rilevanza dei profili dogmatici, si tratta ancora di chiarire il significato da attribuire alla procedura di accertamento nel quadro dell'art. 580 Cp: ciò consente, infatti, di stabilire se la precisazione di tale elemento per legge regionale sia suscettibile di compromettere le scelte di tutela riservate al legislatore statale, in spregio alla *ratio* dell'art. 117 Cost.

Nell'ambito della tesi della giustificazione, si è recentemente prospettata la possibilità che il controllo svolto dal servizio sanitario nazionale abbia valenza meramente dichiarativa, non costitutiva, del diritto scriminante attribuito al singolo, il quale si fonderebbe esclusivamente sulla sussistenza dei presupposti sostanziali individuati dalla Corte<sup>107</sup>. Ulteriore aspetto essenziale, in quanto strettamente funzionale alla tutela delle persone più vulnerabili, sarebbe rappresentato dalla formazione della volontà del malato nel quadro di una relazione di cura con il medico, secondo le modalità di acquisizione del consenso previste dalla l. 219/2017. Il rispetto degli ulteriori passaggi formali non sarebbe, tuttavia, essenziale ai fini della non punibilità, producendo il mero effetto processuale di anticipare l'accertamento del diritto e impedire l'avvio di un procedimento penale. La tesi è stata proposta per sostenere la possibilità di giustificare fatti commessi presso cliniche estere anche successivamente alla sent. 242/2019 (che aveva espressamente escluso la punibilità solo per fatti anteriori), ma pare suscettibile di ripercuotersi anche sul tema degli spazi della riserva di legge statale: ove si accogliessero tali premesse, infatti, l'integrazione normativa regionale della procedura risulterebbe meno problematica, perché i suoi effetti rimarrebbero all'esterno del significato penale del fatto.

Al contrario, riconoscendo alla giustificazione procedurale efficacia costitutiva<sup>108</sup>, dovrebbe concludersi per l'irrinunciabilità dell'*iter* pubblicistico ai fini dell'esclusione della punibilità dell'agevolatore e, così, anche per l'impossibilità di sottrarre tale elemento dall'ambito della riserva di legge statale. A esiti non difformi si perviene anche riconducendo la procedura alla tipicità del fatto: in tal caso, sarebbe anzi proprio la "irregolarità" dell'aiuto al suicidio, ossia il mancato rispetto delle regole prescritte per la sua liceità, a costituire il vero e proprio *target* del rimprovero penale, secondo il paradigma proprio dei delitti "a tutela di funzioni"<sup>109</sup>.

L'essenzialità della procedura sembra in ogni caso trovare conferma, di nuovo a prescindere dalle opzioni dogmatiche prescelte, nella recente sent. 135/2024 della Corte costituzionale, che nel fornire un'interpretazione autentica del portato delle proprie precedenti affermazioni contenute nella sent. 242/2019, ha espressamente riaffermato «la necessità del puntuale rispetto delle condizioni procedurali stabilite dalla sentenza n. 242 del 2019», giudicate «essenziali per prevenire [il] pericolo di abusi a danno delle persone deboli e vulnerabili»: tali condizioni, si precisa, includono sia il necessario coinvolgimento del servizio sanitario nazionale, sia il parere del comitato etico territorialmente competente, ferma restando la possibilità di impugnare giudizialmente un'eventuale mancata autorizzazione alla procedura da parte delle strutture sanitarie.

A ulteriore sostegno dell'inderogabilità di tali elementi, può essere proposto un parallelismo con i reati fondati sull'inosservanza di provvedimenti autorizzatori, in cui la tutela dell'interesse finale è mediata da un'attività di gestione o di accertamento affidata all'organo

<sup>107</sup> A. Massaro, L. Grossi, *La progressiva "destrutturazione giurisprudenziale" del suicidio medicalmente assistito: una nuova questione di legittimità costituzionale sull'art. 580 Cp*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12.3.2024, 12 ss.

<sup>108</sup> M. Donini, *Libera nos a malo*, cit., p. 14.

<sup>109</sup> Sugli illeciti "a tutela di funzioni" (in contrapposizione a quelli "a tutela di beni") fondamentale T. Padovani, *La scelta delle sanzioni in rapporto alla natura degli interessi tutelati*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano 1987, 95 ss. e ancor prima, applicando la categoria ai reati in tema di interruzione di gravidanza, Id., *Commento agli artt. 17-20 l. 22 maggio 1978, n. 194*, in *Nuove leggi civ. 1978*, 1682. Richiama questo paradigma a proposito della riformulazione costituzionale dell'aiuto al suicidio, seppur prima della sent. 242/2019, A. Vallini, *Morire è non essere visto*, cit., 821.

amministrativo<sup>110</sup>. La procedura di accertamento prevista in tema di suicidio assistito presenta profili strutturali simili a quelli dell'elemento autorizzativo, non a caso anch'esso ricondotto alternativamente (e non univocamente) sul terreno dell'antigiuridicità o della tipicità. Nel caso dell'art. 580 Cp, a essere più precisamente rievocato è lo schema dell'autorizzazione vincolata all'accertamento di requisiti predeterminati dalla legge, non richiedendosi agli organi amministrativi una valutazione discrezionale diretta alla composizione degli interessi in gioco<sup>111</sup>. In proposito, sebbene in un settore di tutela distante da quello qui in esame, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha in più occasioni censurato la legittimità di leggi regionali che rimuovevano obblighi autorizzatori previsti a livello statale<sup>112</sup>.

Se ne deduce che il legislatore regionale non potrebbe in ogni caso introdurre disposizioni che consentano di prescindere dalla verifica dei requisiti sostanziali da parte del servizio sanitario, così come dall'acquisizione del parere del comitato etico.

Allo stesso tempo, tuttavia, si ritiene che le Regioni non potrebbero nemmeno snaturare il *contenuto essenziale* di tale procedura, ossia regolarla in modo da pregiudicarne la funzionalità di tutela svolta all'interno della disposizione penale. L'esigenza di proteggere le persone vulnerabili dal pericolo di abusi richiede, infatti, che la verifica *ex ante* dei requisiti sostanziali sia effettiva e che la decisione di morire del paziente possa essere maturata nella dimensione "medicalizzata" della relazione di cura. Solo ove tali condizioni siano soddisfatte, sembra potersi ammettere la possibilità di una specificazione di carattere attuativo che non comprometta quel nucleo di tutela fondamentale.

Il contenuto delle attuali iniziative legislative sembra nel complesso soddisfare il limite indicato: la definizione dei tempi e delle modalità della procedura di accertamento non pregiudica infatti gli obiettivi di tutela penale cui la stessa è rivolta. Nella proposta di legge «Liberi subito» si ravvisa, al più, un profilo critico in relazione alla rigidità (oltre che della brevità) del termine assegnato alla commissione medica per lo svolgimento della sua attività di controllo, un tempo che potrebbe in concreto risultare insufficiente ai fini dell'instaurazione di un'effettiva relazione di fiducia con il paziente e di una piena verifica delle condizioni di legittimità della richiesta di suicidio. Tale aspetto critico potrebbe essere corretto prevedendo la possibilità di derogare il termine in presenza di ragioni che richiedano un esame più approfondito della vicenda, ed appare in ogni caso superato dalla legge toscana, la quale, come anticipato, delinea una procedura più distesa nei tempi e più cauta e articolata nei suoi passaggi (*supra*, §4).

Quanto alla composizione della commissione medica incaricata della procedura di accertamento, i soggetti coinvolti sono individuati sulla base di competenze connesse all'accertamento dei requisiti o alla definizione delle modalità di esecuzione del suicidio. Sarebbe però più opportuno limitare la composizione "fissa" del gruppo alle sole professionalità essenziali per le finalità della procedura (medico palliativista, psicologo, anestesista) – cui potrebbero aggiungersi anche quella del medico specialista della patologia di cui è affetto il paziente, nonché dell'eventuale medico di fiducia (il primo in effetti preso in considerazione dall'art. 3, co.3, della legge toscana, il secondo eventualmente indicabile nell'istanza per l'accertamento dei requisiti ai sensi dell'art.4, co. 2, della stessa legge) – e

<sup>110</sup> Evidenzia il parallelismo con la categoria della scriminante procedurale M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit.; sui reati incentrati sul momento autorizzatorio v. M. Mantovani, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino 2003.

<sup>111</sup> Distingue a seconda del carattere discrezionale o vincolato dell'attività autorizzatoria demandata all'amministrazione M. Mantovani, *L'esercizio di un'attività non autorizzata*, cit., 59 ss.

<sup>112</sup> In tema di smaltimento illecito di rifiuti, cfr. C. Cost. n. 14/1991; C. Cost., n. 370/1989; C. Cost., n. 43/1990. Per l'esame della giurisprudenza costituzionale in tema di interferenza tra legge regionale ed elemento normativo dell'autorizzazione amministrativa v. C. Piergallini, *Norma penale e legge regionale*, cit., 151 ss.

prevedere poi una sua integrazione flessibile alla luce delle peculiarità del caso (ad esempio, la presenza di uno psichiatra ove si sospettino patologie mentali).

7. Ove mantenuta entro i limiti indicati, una legge regionale volta a disciplinare la procedura di accertamento dei requisiti di legittimità del suicidio medicalmente assistito non sembra incorrere in una violazione del vincolo di competenza statale in materia penale *ex art. 117 Cost.* La mera specificazione del presupposto procedurale dell'aiuto a morire, infatti, si pone in linea (e, anzi, in funzione servente) con le finalità di tutela penale individuate dalla sent. 242/2019. Inoltre, sembrano sussistere quelle esigenze territoriali richieste per giustificare una declinazione su base regionale della disciplina statale: la definizione delle modalità e delle tempistiche degli adempimenti accertativi richiesti per la liceità del suicidio assistito, infatti, risulta strumentale allo svolgimento di un'attività demandata alle strutture sanitarie, la cui organizzazione, come noto, rientra in politiche di competenza regionale. In altre parole, si è già in presenza di una procedura che, per lo stesso fatto di essere affidata nella sua implementazione pratica alle strutture sanitarie, presenta ineliminabili margini di specificità esecutiva a livello locale.

È la stessa Corte costituzionale, poi, come già ricordato, a valorizzare l'esigenza di una cooperazione degli organi locali – oltre che del legislatore nazionale – alla piena realizzazione della disciplina che, vale la pena ribadirlo, è concepita come già destinata a operare. Sempre nella sent. 242/2019, la consapevolezza di una necessaria declinazione territoriale della normativa emerge ancor più nitidamente con riferimento all'attribuzione di un ruolo centrale nella procedura ai comitati etici “territorialmente competenti”, dunque a organi che – pur nella difficoltà della loro individuazione – sono istituiti e regolati su base regionale.

Vi è, infine, una ragione ancora più forte per sostenere l'opportunità di regolamentare gli aspetti organizzativi e applicativi dell'accesso al suicidio assistito. La sent. n. 242/2019, come si è detto, introduce una disciplina che comporta una serie di doveri in capo alle strutture e al personale sanitario (v. *supra*, § 4.1): sono, allora, gli stessi attori investiti dalle richieste di suicidio assistito ad abbisognare di chiare direttive per orientare il proprio comportamento senza incorrere nel rimprovero penale. Tale esigenza si pone sia sul fronte amministrativo, rispetto al personale delle strutture sanitarie, sia sul fronte “professionale” e personale, ossia sul piano del rapporto tra medico e paziente. È proprio questa la prospettiva che, ben prima delle iniziative normative in discussione, nel 2020 aveva ispirato la Commissione regionale di bioetica della Regione toscana ad adottare un articolato parere consultivo, sulla base della proposta redatta da un apposito gruppo di studio<sup>113</sup>: agendo su un piano di *soft law*, il documento si proponeva di rispondere al problema di come dare attuazione alla sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale, nel rispetto dei diritti delle persone coinvolte, individuando sia gli accorgimenti organizzativi e le procedure operative da seguire, sia i doveri in capo ai singoli medici coinvolti. Come si legge nel parere, «il fine è la tutela vuoi dei cittadini toscani, vuoi dei sanitari e delle loro opzioni professionali e di coscienza, sul presupposto che, rispetto a una fattispecie di tale delicatezza, sia da scongiurare il rischio di soluzioni estemporanee, “localistiche” e diseguali, quali quelle che potrebbero derivare dall'esercizio di una troppo libera discrezionalità (comportante un'eccessiva responsabilità) del singolo direttore sanitario o comitato etico (laddove istituito e operativo), investiti del problema dal singolo medico, sollecitato dal singolo paziente».

<sup>113</sup> Parere nr. 2/2020 del 14 febbraio 2020 della Commissione regionale di bioetica della Toscana, *Liceità condizionata del suicidio medicalmente assistito e sistema sanitario regionale* (su cui v. già *supra*, sub nt. 71), redatto sulla base del lavoro del Gruppo di studio “Aiuto medico al morire” (cui hanno preso parte Antonio Vallini – Coordinatore del gruppo di studio -, Gianni Baldini, Alessandro Bichi, Vittorio Gasparri, Mariella Immacolato, Paolo Malacarne, Piero Morino, Mariella Orsi, Antonio Panti, Monica Toraldo di Francia, Francesca Torricelli, Alfredo Zuppiroli).

Proprio l'esigenza di uniformità di tutela, dunque, costituisce una ragione valida a sostegno dell'opportunità dell'introduzione di leggi regionali che si occupino di individuare standard di comportamento condivisi nel tracciato segnato dalla Corte costituzionale. Ciò consentirebbe almeno di raggiungere l'obiettivo minimo di ridurre le disparità di trattamento che, ad oggi, possono prodursi all'interno dei singoli contesti territoriali, restringendo gli spazi lasciati alla decisione delle singole aziende sanitarie. Certo, una soluzione di questo tipo si esporrebbe inevitabilmente al rischio di essere a sua volta foriera di disuguaglianze, aprendo la strada per l'introduzione di discipline differenti tra Regione e Regione: e tuttavia, mentre il difetto di qualsiasi regolamentazione espone a difformità di trattamento *caso per caso*, una regolamentazione regionale elimina tale disfunzione *almeno* a livello regionale; la strategia immaginata dalla Associazione Luca Coscioni, poi, di orientare in direzioni analoghe le singole legislazioni regionali stimolandole con il deposito di una proposta di legge "standard", appare concepita per favorire forme di "armonizzazione" tra le normative delle regioni stesse e, dunque, per ridurre ancor più i margini di disparità di trattamento e di incertezza della disciplina a livello nazionale.

Infine. Prospettare un (limitato) spazio di intervento per le Regioni (almeno sotto il profilo del rispetto della riserva di legge in materia penale, nella prospettiva qui assunta), non significa negare che resti comunque preferibile, anche a prescindere da valutazioni attinenti al riparto di competenze, l'ingresso di una regolamentazione *uniforme* a livello nazionale, così da assegnare alla legge regionale un posto meramente suppletivo e provvisorio rispetto a quella del Parlamento. È in quest'ordine di pensiero, come si è visto, che si muovono tanto l'attuale legge toscana, quanto i progetti di legge in discussione nei vari consigli regionali. Ci si potrebbe d'altra parte chiedere cosa succederebbe nell'ipotesi – al momento non in considerazione – che le Regioni intendessero rivendicare un proprio spazio di intervento "originario", ossia la possibilità di regolare autonomamente specifici aspetti della materia *nonostante* il sopravvenire di una normativa statale: orbene, se si muove dalle premesse argomentative qui proposte, una simile legge regionale potrebbe comunque risultare costituzionalmente legittima al metro dell'art. 117 lett. 1, *purché contenuta* nei rigorosi limiti attuativi della "disciplina costituzionale" di cui si è detto; si tratterebbe piuttosto di capire se l'eventuale antinomia possa contrastare con le prerogative statali in *altri* campi di materia (concorrenti o esclusivi). È una questione che non ci proponiamo di risolvere, esulando dagli obiettivi di questo lavoro.

L'auspicio, ad ogni modo, è che la partecipazione delle Regioni alla disciplina normativa della morte medicalmente assistita rimanga, appunto, come è stata immaginata e come dichiarata attualmente di essere: ossia una sostituzione *non definitiva*, una mera (e imperfetta) supplenza, temporalmente limitata, in attesa che la parola passi davvero al Parlamento.

## PER UNA VISIONE OLISTICA DELLA RELAZIONE TRA ORDINE MILITARE E OBEDIENZA

di Andrea Cruciani (*Giudice presso il Tribunale Militare di Napoli*)

Giurisprudenza e dottrina hanno tradizionalmente assunto l'art. 1349 co. 2 COM, quale norma centrale idonea a fissare un punto di equilibrio tra le esigenze della disciplina e del servizio e la tutela del militare subordinato. L'esclusivo riferimento a tale disposizione normativa ha tuttavia generato una vulgata che tradizionalmente circola negli ambienti giudiziari, ma vieppiù in quelli militari, relativa all'esistenza di un'unica regola comportamentale per il militare al quale viene impartito un ordine: questi è sempre tenuto a eseguirlo, pur se illegittimo (e se ribadito, qualora contestato), tranne nel caso di un ordine manifestamente criminoso. Orbene, se è vero che il citato art. 1349 co. 2 COM costituisce un tassello fondamentale per analizzare le possibili relazioni esistenti tra ordine militare e obbedienza, va tuttavia stigmatizzato che tale norma non può e non deve essere presa quale unico ed esclusivo punto di riferimento. E in effetti, tale disposizione è inserita all'interno di un complesso coacervo di altre norme di diversa fonte, che pure debbono essere parimenti prese in considerazione dall'interprete. Il secondo comma dell'art. 1349 COM va, quindi, interpretato, in via sistematica, oltre che con riferimento al primo comma del medesimo articolo – che afferma la necessità che l'ordine sia attinente al servizio o disciplina – anche a tutte le altre norme e principi che pure regolano direttamente od indirettamente la materia dell'obbedienza agli ordini militari: Artt. 2, 3, 27, 52 Cost.; 49, 51, ult. co., e 54 Cp; 173 Cppm; 1347 COM; 729 TuOM; art. 33 St CPI; art. 2 Cedu e art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Fondamentale poi è per l'interprete il riferimento agli arresti della giurisprudenza di merito e di legittimità che hanno contribuito a fornire un quadro più articolato della materia, con particolare riferimento alla tematica della necessaria correlazione tra ordine, esigenze di servizio o disciplina e tutela dei diritti fondamentali. Non solo, vi sono, inoltre, aspetti di natura psicologica, relativi all'obbedienza, specialmente in particolari contesti operativi ad alto rischio; questioni relative all'organizzazione dei servizi e alle modalità con le quali gli ordini vengono conferiti; percorsi formativi dei militari, sotto il duplice aspetto di chi riceve gli ordini e di chi li impartisce; prassi ricorrenti nella pratica militare; nonché, interrogativi di natura deontologica, morale e filosofica; tutti rilievi che pure contribuiscono a risolvere in maniera più aderente alla realtà la casistica dell'obbedienza all'ordine militare. Ne discende la necessità, per l'interprete, di adottare una visione non isolata, tutta incentrata su disposizioni normative o ancor più su un solo dato normativo, bensì di risolvere la peculiarità di ciascun caso concreto ponendo attenzione a tutto l'eterogeneo contesto normativo, nonché agli ulteriori aspetti di natura operativa, deontologica, morale, filosofica, psicologica, adottando un approccio olistico alla materia.

Case law and scholarship have traditionally assumed Art. 1349 para. 2 COM to be the central rule that strikes a balance between the requirements of discipline and service and the protection of subordinate military personnel. However, the exclusive reference to this legal provision has resulted in a vulgate that has traditionally circulated in judicial circles, but even more so in military circles, relating to the existence of a single rule of conduct for the soldier to whom an order is given: he is always obliged to carry it out, even if unlawful (and if reiterated, when questioned), except in the case of a manifestly criminal order. If it is true that the aforementioned Art. 1349 para. 2 COM constitutes a fundamental element to analyse the relations between military order and obedience, it must nevertheless be stressed that this rule cannot and must not be taken as the only and exclusive point of reference. And in fact, this provision is inserted within a complex patchwork of other norms from different sources, which

must also be taken into consideration. Para. 2 of Art. 1349 COM must therefore be interpreted systematically not only with reference to para. 1 of the same article – which states that the order must relate to service or discipline – but also with reference to all the other rules and principles that also directly or indirectly regulate the obedience to military orders: Arts. 2, 3, 27, 52 of the Italian Constitution; 49, 51, ult. co, and 54 Cp; 173 Cmp; 1347 COM; 729 TuOM; Art. 33 St ICC; Art. 2 ECHR and Art. 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Fundamental for the interpreter is then the reference to the decisions of the courts that have contributed to provide a more articulated picture of the subject, with particular reference to the issue of the necessary correlation between order, service requirements or discipline and the protection of fundamental rights. In addition, there are also psychological aspects relating to obedience, especially in particular high-risk operational contexts; questions relating to the organisation of the services and the manner in which orders are given; the training of the military, under the dual aspect of who receives orders and who gives them; recurrent practices in military practice; as well as questions of a deontological, moral and philosophical nature; all of which contribute to resolving the criminal cases on obedience to military orders in a more accurate manner. Hence the need for the interpreter to adopt a view that is not isolated, entirely centred on regulatory provisions or even more so on a single provision, but rather to resolve the peculiarities of each concrete case by paying attention to the entire heterogeneous regulatory context, as well as to further aspects of an operational, deontological, moral, philosophical and psychological nature, by taking a holistic approach to the subject.

SOMMARIO: 1. Le diverse relazioni ordine militare-obbedienza. – 1.1. Ordine legittimo, attinente al servizio o disciplina. – 1.2. Ordine inesistente, non attinente al servizio o disciplina. – 1.3. Ordine illegittimo (non manifestamente criminoso), attinente al servizio o disciplina. – 1.4. Ordine manifestamente criminoso, attinente al servizio o disciplina. – 2. *Quid iuris* per gli ordini di missione suicida o ad altissimo rischio di perdita di vita? – 3. Conclusioni.

1. Giurisprudenza e dottrina hanno tradizionalmente assunto l'art. 1349 co. 2 del d.lgs. 15.3.2010 n. 66 "Codice dell'ordinamento militare" (di seguito, COM), quale norma centrale idonea a fissare un punto di equilibrio tra le esigenze della disciplina e del servizio e la tutela del militare subordinato. L'esclusivo riferimento a tale disposizione normativa ha tuttavia generato una vulgata che tradizionalmente circola negli ambienti giudiziari, ma vieppiù in quelli militari, relativa all'esistenza di un'unica regola comportamentale per il militare al quale viene impartito un ordine: questi è sempre tenuto ad eseguirlo, pur se illegittimo (e se ribadito, qualora contestato), tranne nel caso di un ordine manifestamente criminoso.

Orbene, se è vero che il citato art. 1349, comma secondo, COM costituisce un tassello fondamentale per analizzare le possibili relazioni esistenti tra ordine militare ed obbedienza, va tuttavia stigmatizzato che tale norma non può e non deve essere presa quale unico ed esclusivo punto di riferimento. Ed in effetti, tale disposizione è inserita all'interno un complesso coacervo di altre norme di diversa fonte, che pure debbono essere parimenti presi in considerazione dall'interprete. Il secondo comma dell'art. 1349 COM va, quindi, interpretato, in via sistematica, oltre che con riferimento al primo comma del medesimo articolo – che afferma la necessità che l'ordine sia attinente al servizio o disciplina – anche a tutte le altre norme e principi che pure regolano direttamente od indirettamente la materia dell'obbedienza agli ordini militari: artt. 2, 3, 27, 52 Costituzione; 49, 51 ult. co. e 54 Cp; 173 Cmp; 1347 COM; 729 del d.P.R. 15.3.2010 n. 90 "Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare" (di seguito, TUOM); art. 33 Statuto della

Corte Penale Internazionale (CPI); art. 2 CEDU ed art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Fondamentale poi è per l'interprete il riferimento agli arresti della giurisprudenza di merito e di legittimità che hanno contribuito a fornire un quadro più articolato della materia, con particolare riferimento alla tematica della necessaria correlazione tra ordine, esigenze di servizio o disciplina e tutela dei diritti fondamentali.

Non solo, vi sono, inoltre, aspetti di natura psicologica, relativi all'obbedienza, specialmente in particolari contesti operativi ad alto rischio; questioni relative all'organizzazione dei servizi ed alle modalità con le quali gli ordini vengono conferiti; percorsi formativi dei militari, sotto il duplice aspetto di chi riceve gli ordini e di chi li impartisce; prassi ricorrenti nella pratica militare; nonché, interrogativi di natura deontologica, morale e filosofica; tutti rilievi che pure contribuiscono a risolvere in maniera più aderente alla realtà la casistica dell'obbedienza all'ordine militare.

Ne discende la necessità, per l'interprete, di adottare una visione non isolata, tutta incentrata su disposizioni normative od ancor più su un solo dato normativo, bensì di risolvere la peculiarità di ciascun caso concreto ponendo attenzione a tutto l'eterogeneo contesto normativo, nonché agli ulteriori aspetti di natura operativa, deontologica, morale, filosofica, psicologica, adottando un approccio olistico alla materia.

Da una lettura complessiva del quadro normativo e giurisprudenziale sembrano emergere quattro diverse categorie di composizione della relazione ordine militare-obbedienza, nel senso che per ciascun tipo di ordine il militare è tenuto ad adottare un diverso comportamento:

- A) ordine legittimo, attinente al servizio o disciplina: il militare deve eseguirlo;
- B) ordine inesistente, non attinente al servizio o disciplina: il militare non è tenuto a eseguirlo;
- C) ordine illegittimo (non manifestamente criminoso), attinente al servizio o disciplina: il militare può contestarlo ma, se ribadito, deve eseguirlo;
- D) ordine manifestamente criminoso, attinente al servizio o disciplina: il militare ha il dovere di non eseguirlo e di informare prontamente i superiori.

1.1. Dal disposto degli artt. 173 co. 1 Cpmp, 1347 co. 1 e 2<sup>1</sup>, 1349 co. 1 COM, 729 co. 1 TuOm<sup>2</sup>, emerge come il militare sia tenuto a eseguire prontamente, senza ritardo, con spirito di lealtà, collaborazione e senso di responsabilità, un ordine impartito dal superiore gerarchico che sia legittimo e attinente al servizio o disciplina.

Un primo presupposto è naturalmente l'esistenza di un rapporto di gerarchia tra i militari. Rapporto che la giurisprudenza ha ritenuto sussistente non solo per mera superiorità in comando, e quindi a parità di grado o in assenza di grado, bensì anche nel caso di militari in licenza o militari detenuti in un carcere militare<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 1347 co. 1 e 2 COM: «1. L'obbedienza consiste nella esecuzione pronta, rispettosa e leale degli ordini attinenti al servizio e alla disciplina, in conformità al giuramento prestato. 2. Il dovere dell'obbedienza è assoluto, salvo i limiti posti dall'articolo 1349, comma 2 e dall'articolo 729 del regolamento».

<sup>2</sup> Art. 729 TuOM: «1. Il militare deve eseguire gli ordini ricevuti con prontezza, senso di responsabilità ed esattezza, nei limiti stabiliti dal codice e dal regolamento, nonché osservando scrupolosamente le specifiche consegne e le disposizioni di servizio. In particolare egli deve:

- a) astenersi da ogni osservazione, tranne quelle eventualmente necessarie per la corretta esecuzione di quanto ordinato;
- b) obbedire all'ordine ricevuto da un superiore dal quale non dipende direttamente, informandone quanto prima il superiore diretto;
- c) far presente, se sussiste, l'esistenza di contrasto con l'ordine ricevuto da altro superiore; obbedire al nuovo ordine e informare, appena possibile, il superiore dal quale aveva ricevuto il precedente ordine».

<sup>3</sup> Cass. 16.2.1989 n. 126, Manni, in *CEDCass*, m. 182987 – 01.

L'ordine militare è un atto amministrativo del tutto peculiare, posto che, per espressa disposizione normativa (art. 1349 co. 3 COM), «agli ordini militari non si applicano i capi I, III e IV della legge 7 agosto 1990, n. 241», escludendo, quindi, tra l'altro, l'obbligo di motivazione.

Si tratta di un dato di particolare rilievo, specialmente per l'apprezzamento dell'elemento psicologico del reato. Qualora l'ordine non sia motivato e non contenga, quindi, alcun riferimento al contesto operativo e agli obiettivi da raggiungere, risulta di fatto impossibile per il subordinato operare un sindacato critico sulla natura dell'ordine (attinenza al servizio o disciplina; legittimità; manifesta criminalità). Ciò genera una presunzione di legalità dell'ordine per il militare subordinato, il quale, qualora non emergano circostanze, ad esso note, di segno contrario, di fronte a un ordine non motivato, sarà comunque tenuto a eseguirlo. Ciò vale non solo per l'attinenza al servizio o disciplina e per la legittimità, bensì anche per la manifesta criminalità. Un ordine potrebbe in effetti essere manifestamente criminoso in concreto, ma il militare, che ha ricevuto un ordine non motivato, potrebbe non riconoscerne la manifesta criminalità. Si pensi al caso di un militare pilota di un velivolo militare da combattimento, al quale, una volta in quota, venga ordinato di ingaggiare un determinato obiettivo individuato con le sole coordinate. In tal caso, il militare non potrà sapere, ad esempio, se si tratta di un deposito di munizione (obiettivo militare) ovvero di un ospedale civile (obiettivo non militare, la cui consapevole distruzione può costituire, in un contesto bellico, un crimine di guerra). Ed è chiaro allora che in tal caso il subordinato non potrà essere chiamato a rispondere di eventuali reati commessi in esecuzione dell'ordine ricevuto, per difetto dell'elemento soggettivo, venendo in rilievo il disposto dell'art. 51 co. 3 Cp, a tenore del quale il militare che ha commesso un reato per ordine del superiore non ne risponde se, per errore di fatto (art. 47 Cp), abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo. Naturalmente ne risponderà, invece, sempre il superiore che ha impartito l'ordine (art. 51 co. 2 Cp).

L'ordine deve essere intimato «con chiarezza in modo da evitare dubbi o esitazione in chi li riceve» (art. 727 co. 1 TuOM). La giurisprudenza di legittimità ha peraltro da tempo chiarito in proposito come nell'emanazione dell'ordine non siano dovute particolari formule sacramentali. È, piuttosto, necessario e sufficiente che l'ordine sia percepibile come tale, e non invece quale mero invito, consiglio, esortazione<sup>4</sup>.

1.2. Dalle medesime richiamate disposizioni degli artt. 173 co. 1 Cmpm, 1347 co. 1, 1349 co. 1 COM, 729 co. 1 TuOM, si evince chiaramente come il dovere di obbedienza del militare riguardi solo ed esclusivamente gli ordini attinenti al servizio o alla disciplina<sup>5</sup>. Solo tali ordini debbono, quindi, essere necessariamente eseguiti dal militare, mentre gli ordini che non siano attinenti al servizio o alla disciplina (o eccedano i compiti di istituto) vanno considerati giuridicamente inesistenti e il militare non è tenuto a eseguirli.

Sotto un profilo più strettamente di diritto amministrativo, che valuti l'ordine-atto amministrativo, si potrebbe quindi sostenere che l'estraneità alle ragioni di servizio o disciplina determina l'inesistenza giuridica dell'ordine, per carenza assoluta di potere in capo al militare che lo ha emanato, e consente al militare subordinato di non prestarvi obbedienza.

Nella diversa prospettiva penalistica, relativa alla condotta posta in essere dal subordinato, invece, si potrebbe rilevare come, per valutare l'offensività o meno della condotta, occorra verificare e vagliare se e in che misura risulti provato che una tale condotta abbia potuto incidere sulla disciplina o il buon andamento del servizio. La disobbedienza tutela, infatti, il

<sup>4</sup> Cass. 15.7.1993 n. 8716, Cerrone, in *CEDCass*, m. 195073 – 01.

<sup>5</sup> L'art. 751 co. 1 n. 15 TuOM punisce peraltro con la consegna di rigore l'«emanazione di un ordine non attinente alla disciplina o non riguardante il servizio, o eccedente i compiti d'istituto».



«corretto funzionamento dell'apparato militare a mezzo dell'osservanza dell'ordine impartito dal superiore»<sup>6</sup>. Qualora l'ordine non abbia alcuna attinenza al servizio o disciplina, esso risulta in ultima analisi *inutiliter datum*, e la condotta di disobbedienza difetterà per inoffensività in concreto o inesistenza in concreto della lesione al bene giuridico tutelato del servizio e della disciplina (artt. 25, 27 Cost. e 49 Cp).

Sulla necessità che l'ordine, per essere giuridicamente rilevante, debba attenere al servizio o alla disciplina si è del resto espressa già da tempo la Corte di cassazione<sup>7</sup>, precisando che «è necessario che l'ordine attenga al servizio e non ecceda i compiti d'istituto»<sup>8</sup> e che «nell'ambito della gerarchia militare l'estraneità di un ordine al “servizio” dipende solo ed esclusivamente dall'attinenza dell'ordine stesso ad un interesse non militare, ossia un interesse di natura privatistica, o comunque mirante a finalità diverse da quelle strettamente militari»<sup>9</sup>.

Fondamentale, poi, è stata la presa di posizione della Corte costituzionale<sup>10</sup>, che ha avuto modo di soffermarsi sulla struttura e sull'ambito operativo del reato di disobbedienza, affermando che la tipizzazione dello stesso attraverso l'art. 173 Cpm non ricalca lo schema della norma penale in bianco, tale da lasciare alla volontà del superiore gerarchico la determinazione della condotta penalmente rilevante. La norma suindicata deve, piuttosto, essere letta in una con l'art. 52 Cost. e con gli artt. 1347 e 1349 COM, con la conseguenza che commette il delitto di disobbedienza il militare che viene meno, non a un qualsivoglia ordine impartito dal superiore, ma solo a quell'ordine che sia funzionale e strumentale alle esigenze del servizio o della disciplina. Il reato di disobbedienza, quindi, prosegue la Consulta, «non si sostanzia nella disobbedienza ad un “ordine” qualsiasi proveniente da un superiore gerarchico, in quanto solo la disobbedienza a un ordine funzionale e strumentale alle esigenze del servizio o della disciplina, e comunque non eccedente i compiti di istituto, integra gli estremi del modello legale di cui all'art. 173 Cpm; che, infatti, oggetto della tutela apprestata dalla norma censurata non è il prestigio del superiore in sé e per sé considerato, ma il corretto funzionamento dell'apparato militare, in vista del conseguimento dei suoi fini istituzionali, così come puntualmente messo in rilievo da quella giurisprudenza di legittimità e di merito che ha sottolineato che l'ordine deve sempre avere fondamento nell'interesse del servizio o della disciplina e non può trovare causa in pretese di carattere personale o in contrasti di natura privata tra superiore e inferiore».

L'applicazione di tali principi ai casi concreti ha comportato, peraltro, non poche oscillazioni giurisprudenziali. Mentre, infatti, la richiesta di sottoporsi a visita infermieristica<sup>11</sup> o di sottoscrizione della scheda valutativa o del documento caratteristico<sup>12</sup> sono stati ritenuti ordini rilevanti ex art. 173 Cpm, così non è stato per il rifiuto del militare di sottoscrizione, per presa d'atto, del documento che attesta l'avvenuta inflizione a suo danno della sanzione disciplinare della consegna, posto che «l'ordine del superiore gerarchico di sottoscrivere i predetti documenti non è funzionale e strumentale alle esigenze del servizio o della disciplina, alla stregua dell'interpretazione dell'art. 173 cit. contenuta nella sentenza della Corte costituzionale

<sup>6</sup> Cass. 21.1.1998 n. 735, in *CEDCass*, m. 209447 – 01.

<sup>7</sup> Cass. 15.1.2018 n. 1522, in *CEDCass*, m. 272047 – 01.

<sup>8</sup> Cass. 23.10.1986 n. 11632, in *CEDCass*, m. 174093 – 01.

<sup>9</sup> Cass. 15.7.1987, Pesce e Ragazzini, in *Rass. Giust. mil.* 1988, 117.

<sup>10</sup> C. cost., ord. 14.2.2011 n. 39, in G.U. n. 8 del 21.2.2001.

<sup>11</sup> Cass. 3.3.2015 n. 30724, in *CEDCass*, m. 264487 – 01.

<sup>12</sup> Cass. 2.12.2014 n. 52957, in *CEDCass*, m. 261336 – 01; Cass. 5.5.2008 n. 19423, in *CEDCass*, m. 240285 - 01; Cass. 23.9.1999 n. 11725, in *CEDCass*, m. 214288 – 01; Cass. 21.1.1998 n. 735, in *CEDCass*, m. 209447; Cass. 15.7.1993 n. 8716, in *CEDCass*, m. 195073 – 01; Cass. 4.3.1988 n. 3007, in *CEDCass*, m. 177824 – 01.

n. 39 del 2011 bensì soltanto alla formazione di un atto avente mera natura endoprocedimentale»<sup>13</sup>.

Non solo, ma va altresì registrato un orientamento che, valorizzando l'attinenza al servizio o alla disciplina in una prospettiva costituzionalmente orientata, esclude dal novero degli ordini giuridicamente rilevanti anche quelli che, per incidere su diritti fondamentali dell'individuo, di per sé solo si pongono al di fuori della materia del servizio o della disciplina. La rigorosa definizione dei limiti operativi degli ordini militari costituisce, del resto, un opportuno bilanciamento rispetto a quella libertà delle forme e delle procedure che il legislatore ha accordato agli ordini militari – in deroga ai capi I, III e IV della l. 7.8.1990 n. 241 – proprio in ragione della stretta attinenza alle ragioni relative al corretto funzionamento dell'apparato militare. In tal modo, inoltre, il limite dell'attinenza all'ordine o alla disciplina viene a svolgere quella funzione di valvola di sicurezza idonea a coprire tutte quelle situazioni non altrimenti risolvibili e idonee a incidere su diritti fondamentali dei militari.

Del resto, già una risalente giurisprudenza dei Tribunali militari aveva fatto emergere la necessità che, nel caso di ordini che incidano sull'esercizio di diritti e libertà individuali, la legittimità sostanziale della manifestazione imperativa debba essere valutata con il massimo rigore e debba essere esclusa quando risulti che il superiore abbia ecceduto dai suoi poteri richiedendo un comportamento che andava oltre il conseguimento dello scopo<sup>14</sup>, escludendo, ad esempio, l'attinenza al servizio e alla disciplina dell'ordine che circoscriveva l'ambito territoriale per usufruire della licenza, in contrasto con il diritto dei militari in licenza di recarsi in qualsiasi parte del territorio dello Stato<sup>15</sup>.

Il vaglio relativo all'attinenza dell'ordine al servizio o alla disciplina non può quindi, in quest'ottica, limitarsi all'aspetto formale ma deve piuttosto riguardare anche il profilo sostanziale, specialmente quando l'ordine va a incidere sulla sfera di diritti e libertà fondamentali.

Facendo ricorso alla categoria dell'ordine inesistente, non attinente al servizio od alla disciplina, possono poi essere risolte talune tipiche ipotesi ricorrenti e problematiche relative al rapporto tra ordine militare e obbedienza.

*Ordine costituente mero richiamo all'osservanza di disposizioni normative.*

L'ordine perde ogni rilievo penalistico allorché si sostanzia in un mero richiamo a disposizioni di legge e ordinanze, aventi natura generale e dirette in maniera indifferenziata a tutti i militari ovvero ancor più a tutti i cittadini.

Costituisce infatti *ius receptum* in giurisprudenza la regola di giudizio secondo la quale non può costituire ordine l'ammonimento a non violare obblighi già derivanti da precise disposizioni di legge. La Corte di cassazione ha infatti avuto modo di chiarire che «l'ordine intimante un comportamento già imposto dalla norma penale è da questa assorbito, perché esso nulla può aggiungere alla piena imperatività della legge» e che non può essere qualificata quale ordine la mera esortazione ad adempiere obblighi già derivanti da disposizioni di legge e dalla stessa legge già sanzionati in caso di loro inadempimento<sup>16</sup>.

A titolo esemplificativo, il militare disertore che non ottemperi all'ordine intimatogli dal superiore di rientrare in caserma per riprendere il servizio interrotto, non integra il reato di disobbedienza, che viene assorbito da quello di diserzione (art. 148 Cpm). Parimenti, il militare che, disattendendo l'ordine del superiore di non rubare nelle camerate, commetta, poi,

<sup>13</sup> Cass. 15.1.2018 n. 1522, in *CEDCass*, m. 272047 – 01.

<sup>14</sup> T.s. mil. 7.12.1971, Fois, in *GP* 1972, II, 356.

<sup>15</sup> T.s. mil. 18.1.1955, Prota, in *RP* 1995, II, 807; analogamente, T.s. mil. 21.11.1969, Giuranna, in *GP* 1970, II, 732.; T.s. mil. 7.7.1972, Magri, n.m.

<sup>16</sup> Cass. 13.12.1991 n. 4899, Sassola, in *CEDCass*, m. 188964 – 01.

il reato di furto militare, non potrebbe essere perseguito anche per la disobbedienza, perché il furto militare è già penalmente sanzionato (art. 230 Cmpm).

Ragionamento analogo può essere seguito per il caso degli ordini emessi dal superiore in grado, in qualità di datore di lavoro, al rispetto degli obblighi derivanti da disposizioni di legge, le quali già prevedano un sistema sanzionatorio – di natura amministrativa – per il caso di mancato rispetto. Anche in tali ipotesi, infatti, non si tratta di veri ordini la cui inottemperanza possa essere sanzionata penalmente quale disobbedienza.

Così potrebbe, ad esempio, dirsi per l'ordine del superiore all'inferiore di non fumare, atteso che l'obbligo di non fumare nei luoghi di lavoro al chiuso è già disciplinato dalla legge e per la sua infrazione è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria<sup>17</sup>. Il discorso potrebbe, tuttavia, essere diverso qualora l'ordine di non fumare fosse impartito per specifiche esigenze di servizio diverse da quelle già previste dal legislatore per la tutela della salute nei luoghi di lavoro; si pensi all'ordine di non fumare impartito nella sala adibita al deposito di materiali esplosivi.

Così ancora, in ordine all'ipotizzato reato di disobbedienza per mancata effettuazione della vaccinazione per Sars-Cov-2, l'archiviazione del procedimento è stata disposta in base all'argomentazione che non può essere qualificata quale ordine la mera esortazione ad adempiere obblighi già derivanti da disposizioni di legge e dalla stessa legge già sanzionati in caso di loro inadempimento<sup>18</sup>. Poiché, peraltro, la legge dispone, quale unica conseguenza per il mancato adempimento dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione da Sars-Cov-2, la sospensione dall'attività lavorativa senza retribuzione, con esclusione di sanzioni disciplinari, ne consegue, quindi, evidentemente e a maggior ragione, l'esclusione anche di sanzioni penali.

Una simile problematica si è posta anche in relazione all'ordine rivolto dal superiore di indossare la mascherina in caserma e che ha pure condotto a talune assoluzioni da parte della giurisprudenza di merito<sup>19</sup>. Per quanto si è già avuto modo di osservare, presenta dei margini di criticità la motivazione recentemente spesa dalla Corte Suprema nel ritenere invece un tale ordine come attinente al servizio: «La tenuta delle mascherine non derivava da una disposizione di servizio ma dalla normativa statale (DPCM) con semplice sanzione amministrativa in caso di inosservanza. L'ordine, per come risulta dai contenuti della decisione, era legittimo e inerente al servizio. La Corte di secondo grado ha specificato che le disposizioni 'generali' in tema di prevenzione dal rischio di diffusione della pandemia erano state ribadite con disposizioni interne dell'Amministrazione Militare. Pertanto, l'ordine di indossare il dispositivo di protezione era frutto di valutazioni operate dall'Amministrazione Militare ed era indubbiamente inerente al servizio, integrando una modalità essenziale del suo svolgimento, imposta da esigenze di prevenzione del contagio [...]. La scelta della Amministrazione Militare di utilizzare le mascherine di protezione si è tradotta in ordini specifici in caso di inosservanza senza che ciò possa interferire con le disposizioni dettate – nel medesimo periodo – per la generalità dei consociati. Sui militari grava un dovere 'aggiuntivo' di osservare la gerarchia e la disciplina interna, che rende pienamente legittima la diversità di conseguenze nei due ambiti relazionali e giuridici»<sup>20</sup>. Orbene, sul punto, si potrebbe obiettare che l'ordine rivolto al militare di indossare la mascherina costituisse in realtà un mero richiamo all'osservanza di disposizioni

---

<sup>17</sup> Vedasi art. 51 l. 16.1.2003 n. 3.

<sup>18</sup> G.u.p. T. mil. di Napoli, decreto di archiviazione del 18.7.2022, inedito. L'art. 2 d.l. 26.11.2021 n. 172 infatti prevede per il caso di mancata vaccinazione per infezione da Sars-Cov-2, da parte dei soggetti obbligati, che «L'atto di accertamento dell'inadempimento determina l'immediata sospensione dal diritto di svolgere l'attività lavorativa, senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro».

<sup>19</sup> G.u.p. T. mil. di Roma del 10.4.2024, inedito; G.u.p. T. mil. di Napoli, 27.4.2023, inedito.

<sup>20</sup> Cass. 3.9.2024 n. 410, inedita.

normative (d.l. 22.4.2021 n. 52; ordinanza del Ministero della Salute del 28.4.2022), aventi natura generale e dirette in maniera indifferenziata a tutti i militari, nonché ai comuni cittadini, e già sanzionate in caso di inosservanza. E poco rileva che l'amministrazione militare abbia ribadito il contenuto di tali disposizioni con l'emanazione di ordini, vieppiù se per le medesime esigenze di prevenzione dal contagio. Anche in tal caso, infatti, dovrebbe potersi applicare la già citata e consolidata giurisprudenza di legittimità secondo cui non può essere qualificata quale ordine la mera esortazione ad adempiere obblighi già derivanti da disposizioni di legge e dalla stessa legge già sanzionati in caso di loro inadempimento<sup>21</sup>.

Vi è poi un altro passaggio problematico presente nella citata sentenza della Cassazione n. 410 del 2024: «Nessun rilievo hanno gli studi indicati nell'atto di ricorso, posto che l'ordine poteva essere rifiutato solo se manifestamente criminoso [...]». Sotto tale profilo, si potrebbe di converso sostenere la rilevanza degli studi tesi a dimostrare l'assenza di un rischio incrementale per la salute degli altri militari nel caso in cui il militare non indossasse la mascherina. L'assenza di un tale rischio potrebbe essere valutata infatti quale dimostrativa della non attinenza al servizio dell'ordine e ne avrebbe comportato quindi l'inesigibilità, anche se non manifestamente criminoso. Per valutare l'offensività o meno della condotta contestata all'imputato di non aver indossato la mascherina, occorre, infatti, preliminarmente verificare e vagliare se e in che misura risulti provato che una tale condotta abbia potuto aggravare il rischio per la salute degli altri militari lavoratori in caserma. È pur vero, infatti, che il reato di disobbedienza è inquadrato tra i reati contro il servizio e la disciplina e non già tra i reati contro la pubblica incolumità o pubblica salute. Tuttavia, è di tutta evidenza come, nel caso concreto, il bene giuridico tutelato del servizio e della disciplina sia intrinsecamente e inscindibilmente correlato a quello della salute pubblica. Di talché, ove difetti l'offensività alla salute pubblica difetterà anche l'offensività al servizio e alla disciplina. E allora è chiaro che qualora non si dimostri che la disobbedienza del militare che si è rifiutato di indossare la mascherina abbia comportato un rischio incrementale per la salute degli altri militari presenti in caserma, viene necessariamente meno anche l'offensività al bene giuridico protetto della disciplina o del servizio, non risultando provato che il comportamento del militare abbia in alcun modo costituito intralcio al corretto e regolare funzionamento dell'apparato militare.

In punto di onere probatorio, anche a voler ritenere che l'ordine goda di una presunzione di legittimità, e che quindi incomba all'imputato l'onere di dimostrare la non validità di una determinata legge scientifica posta a fondamento dell'ordine, la giurisprudenza di legittimità<sup>22</sup> ha comunque precisato che la condanna dell'imputato presuppone la dimostrazione, al di là di ogni dubbio ragionevole, che la legge scientifica sulla quale è fondata l'accusa sia riconosciuta dalla comunità scientifica come quella maggiormente accreditata. Non occorre l'esclusione di ogni tesi avversa o divergente; ciò che conta è che si svolga una vera e propria valutazione comparativa tale da dimostrare la marginalità delle altre tesi in circolazione. Mentre infatti ai fini dell'assoluzione dell'imputato è sufficiente il solo serio dubbio, in seno alla comunità scientifica, sul rapporto di causalità tra la condotta e l'evento, la condanna deve, invece, fondarsi su un sapere scientifico largamente accreditato tra gli studiosi, richiedendosi che la colpevolezza dell'imputato sia provata al di là di ogni ragionevole dubbio.

Analoghi discorsi potrebbero, poi, essere sviluppati per il caso della disobbedienza o di forzata consegna per mancata esibizione del c.d. *green pass* (d.lgs. 21.9.2021 n. 127), qualora non risultasse dimostrato in giudizio – per l'inidoneità dei vaccini attualmente in commercio a prevenire la diffusione del contagio – che l'ingresso in caserma di un militare non vaccinato e

<sup>21</sup> Cass. 13.12.1991 n. 4899, Sassola, in *CEDCass*, m. 188964 - 01

<sup>22</sup> Cass. 30.9.2008 n. 42128, n.m.; Cass. 13.12.2010 n. 43786, in *CEDCass*, m. 248943 - 01; Cass. 29.1.2013 n. 16237, Cantore, in *CEDCass*, m. 255105 - 01.

sprovvisto di *green pass* non abbia determinato un rischio maggiore per la salute pubblica rispetto all'ingresso di un militare vaccinato provvisto di *green pass*<sup>23</sup>.

*Disposizioni legislative o regolamentari non trasfuse in ordini o consegne.*

In termini analoghi, e *a fortiori*, non è neppure ipotizzabile il reato di disobbedienza o di violata consegna allorché il militare non adempia a doveri che sono riferiti a tutti i militari (o a tutti i cittadini) in forza di disposizioni legislative o regolamentari che non siano poi neppure state trasfuse in precisi ordini o consegne.

La giurisprudenza ha, infatti, da tempo chiarito che «affinché si abbia una consegna non è sufficiente la vigenza di disposizioni generali ed astratte che disciplinano un determinato tipo di servizio, ma occorre invece – in conformità al significato letterale delle locuzioni legislative “consegna” e “consegna avuta” e “consegna ricevuta”, chiaramente riferentesi a un fenomeno che implica il consegnare e l'impartire da un lato, e l'avere e il ricevere dall'altro – un intervento dell'autorità responsabile del servizio che, per un concreto servizio da svolgere, trasmetta la normativa al militare tenuto ad osservarla. Non si ha pertanto consegna quando una disposizione generale ed astratta concernente il caricamento e lo scaricamento delle armi, comunque vigente e perciò vincolante nello svolgimento del servizio, e pur ribadita dal comandante della compagnia durante il rapporto ufficiali, non sia stata poi specificamente impartita in relazione ad un concreto servizio all'ufficiale cui il medesimo veniva affidato e che essa si sarebbe perciò dovuto attendere»<sup>24</sup>. E ancora, è stato pure precisato che: «nella consegna relativa ad un determinato servizio non possono ritenersi automaticamente comprese le norme generali contenute nei regolamenti, occorrendo invece, affinché divengano consegne, che esse siano specificamente impartite per il servizio medesimo»<sup>25</sup>. Anche la Corte Suprema ha stigmatizzato che «per aversi una consegna, non è sufficiente la vigenza di disposizioni generali ed astratte che disciplinano un determinato tipo di servizio, ma occorre che tali disposizioni siano in concreto trasmesse al militare tenuto ad osservarle»<sup>26</sup>. Concetto ribadito anche normativamente dall'art. 730 TuOM sui servizi regolati da consegna, allorché si precisa che la consegna è costituita dalle prescrizioni «impartite per l'adempimento di un particolare servizio».

Così, ad esempio, in tema di custodia delle armi, numerose sono le disposizioni di legge (artt. 1, 20, 20-*bis* della l. 18.4.1975 n. 110) e regolamentari (Pubblicazione N.A-8 “Armi e Munizioni” ed. 2006 del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri; Circolare Comando Generale dell'Arma CC del 22.10.2019, prot. n. 1134/419-1-1956), sulla tenuta e custodia delle armi che costituiscono una specificazione dei “doveri generali” di tutti i militari dei quali viene dato conto nel titolo VIII (disciplina militare), Capo I (doveri dei militari), Sezione I (doveri generali), all'art. 723 TuOM (Tenuta e sicurezza delle armi, dei mezzi, dei materiali e delle installazioni militari): «1. Il militare deve avere cura delle armi, dei mezzi, dei materiali a lui affidati e adottare le cautele necessarie per impedirne il deterioramento, la perdita o la sottrazione [...]». L'avere, quindi, al termine del servizio, lasciato incustodito l'armamento in dotazione, costituisce senz'altro una violazione del dovere di custodia delle armi posto indistintamente in capo a tutti i militari – e come tale sanzionabile disciplinarmente – ma non già anche una violata consegna, nel caso in cui non sia stata appunto trasmessa una consegna al militare che faccia specifico riferimento alle modalità di custodia delle armi.

<sup>23</sup> G.u.p. T. mil. di Napoli, 10.3.2023, inedita.

<sup>24</sup> App. mil. di Verona 19.10.1984, Abate, n.m.

<sup>25</sup> App. mil. 5.6.1985, Bottini, n.m.

<sup>26</sup> Cass. 29.10.1986, Bruzzesi, n.m.

Argomentazioni simili sono state spese nel corso di un procedimento a carico dei militari che avevano effettuato riprese audio-video di un “balletto” (“*Jerusalem*”) eseguito al termine della cerimonia di giuramento presso la Scuola Sottufficiali della Marina Militare di Taranto. Il procedimento penale era stato promosso con l'accusa di disobbedienza per aver disatteso all'ordine di non effettuare riprese audio-visive in caserma, così contravvenendo alla disposizione continuativa del comandante sulla detenzione e uso del cellulare. Tuttavia, nel caso di specie, è stato ritenuto che difettesse un ordine a individuati militari, trattandosi solo di disposizioni costituenti una specificazione di dettaglio di doveri di disciplina e servizio militari – con particolare riferimento al dovere di riserbo e all'utilizzo dei telefoni cellulari all'interno delle strutture militari – rivolte indistintamente a tutto il personale militare e suscettibili di mera valutazione disciplinare<sup>27</sup>.

*Ordini basati su disposizioni normative dichiarate costituzionalmente illegittime.*

Del tutto peculiare è poi il caso dell'ordine emanato sulla base di una disposizione normativa successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale.

Tale questione è stata trattata nel corso di un recente procedimento penale nei confronti di un militare al quale era stato contestato di non aver obbedito all'ordine impartitogli dal superiore in grado di presentarsi in infermeria per sottoporsi alla profilassi vaccinale indispensabile per l'impiego in una operazione fuori dai confini nazionali. Il GUP presso il Tribunale Militare di Napoli sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 206-bis COM per contrasto con l'art. 32 Cost. e con sentenza n. 25 del 12.1.2023, la Corte costituzionale, in accoglimento della sollevata questione di legittimità, dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 206-bis co. 1 COM, «nella parte in cui autorizza la sanità militare a imporre al personale militare la somministrazione di specifiche profilassi vaccinali, senza che esse siano previamente individuate in via legislativa».

Alla ripresa del giudizio, restava quindi da sciogliere la questione attinente alle ricadute della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 206-bis COM sulla rilevanza penale della condotta di disobbedienza contestata all'imputato. Il Giudice perveniva a una pronuncia di non luogo a procedere sulla base dei seguenti passaggi argomentativi<sup>28</sup>.

Sulla base del disposto dell'art. 136 co. 1 Cost. e 30 co. 3 e 4 della l. 11.3.1953 n. 87, alla dichiarazione di incostituzionalità viene concordemente attribuito un effetto *ex tunc*, che determina la caducazione della norma con effetto retroattivo. La norma colpita dalla pronuncia di incostituzionalità viene, quindi, espunta retroattivamente dall'ordinamento come se non fosse mai esistita<sup>29</sup>. Il venir meno dell'art. 206-bis COM ha conseguentemente comportato anche il difetto del presupposto normativo che era stato posto a base dell'emanazione dell'ordine e che determinava l'attribuzione di una competenza in capo all'organo amministrativo emanante l'ordine. Viene, quindi, corrispondentemente meno anche l'attinenza al servizio e alla disciplina, atteso che l'ordine di presentarsi in infermeria per essere sottoposto alla vaccinazione finisce per ricadere in un campo di azione divenuto ormai estraneo alla sfera di competenza del superiore. L'ordine emanato dal superiore non va allora inquadrato nei termini della nullità o annullabilità per illegittimità, perché affetto da vizio di incompetenza (relativa), eccesso di potere o violazione di legge – e quindi da eseguire, salve le azioni successive a sua tutela – bensì va considerato giuridicamente inesistente, trattandosi di un'ipotesi di incompetenza assoluta, poiché l'organo amministrativo ha emanato un atto in una

<sup>27</sup> G.u.p. mil. di Napoli, 2.2.2022, inedita.

<sup>28</sup> G.u.p. mil. di Napoli, 28.4.2023, inedita.

<sup>29</sup> Cass. S.U. 29.5.2014 n. 42858, in *CEDCass*, m. 260696 - 01; Cass. 22.12.2022 n. 48832, in *CEDCass*, m. 284028 - 01.

materia del tutto sottratta alla propria competenza amministrativa, incidendo su una sfera di diritti soggettivi che esula dalla sfera di competenza del superiore, determinando anche e per ciò solo la estraneità al servizio e alla disciplina.

1.3. Dal chiaro disposto dell'art. 729 co. 2 TuOM<sup>30</sup> discende che nel caso di un ordine illegittimo – non manifestamente criminoso – e attinente al servizio o disciplina, il militare può contestarlo ma, se esso viene ribadito, è comunque tenuto a eseguirlo.

Meramente illegittimo – e non inesistente – potrebbe essere, a titolo esemplificativo, l'atto di convocazione del militare a visita medica, nel caso di mancato rispetto del termine di legge. Così come l'ordine di condurre l'automezzo di servizio impiegato in determinati contesti operativi in attività di polizia giudiziaria di osservazione, controllo e pedinamento, di passare con il semaforo rosso o di superare i limiti di velocità consentiti dal Codice della Strada, anche senza l'azionamento dei dispositivi di segnaletica acustica e visiva (in effetti, il C.d.S. già ammette, all'art. 177 co. 2, le infrazioni da parte dei mezzi di soccorso o di pubblica sicurezza quando siano attivati i dispositivi di segnaletica, e, secondo la Cassazione<sup>31</sup>, sempre nel rispetto dei canoni di prudenza e diligenza).

Del resto, l'art. 727 co. 2 dispone che «quando lo impongono imprescindibili esigenze connesse con il servizio il superiore può emanare ordini in deroga alle disposizioni di servizio, dandone tempestiva comunicazione all'autorità che ha emanato le disposizioni derogate».

Sembra quindi possibile tracciare una distinzione tra ordine meramente illegittimo, perché affetto da vizio di incompetenza (relativa), eccesso di potere o violazione di legge, che ne determina la sua nullità o annullabilità – e che, se ribadito dal superiore, va comunque osservato – e ordine giuridicamente inesistente – che quindi travalica per ciò solo anche i confini dell'attinenza al servizio e alla disciplina – che invece risulta non esigibile dal militare. La mera illegittimità dell'ordine-atto amministrativo, infatti, nel caso in cui tale ordine sia ribadito dal superiore, non può e non deve precluderne l'esecuzione da parte del militare subordinato, il quale evidentemente potrà successivamente attivare avverso l'atto amministrativo ritenuto illegittimo gli strumenti legali predisposti dall'ordinamento, ivi compresi il ricorso amministrativo o giurisdizionale.

1.4. Ai sensi degli artt. 1349 co. 2 COM e 729 co. 2 TuOM, la manifesta criminosità dell'ordine comporta il dovere del militare di non eseguirlo e di informare prontamente i superiori, con conseguente inapplicabilità della scriminante dell'art. 51 Cp sull'adempimento del dovere. Esempio classico di ordine manifestamente criminoso, e attinente al servizio o disciplina, potrebbe essere quello di rappresaglia. Naturalmente, vale quanto già chiarito per la valutazione dell'elemento soggettivo, in punto di presunzione di legittimità dell'ordine e di errore di fatto, dovendosi ribadire che, ai sensi dell'art. 51 co. 3 Cp, il militare che abbia commesso un reato per ordine del superiore non ne risponde se, per errore di fatto (art. 47 Cp), abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo, mentre ne risponderà sempre chi ha emanato l'ordine (art. 51 co. 2 Cp).

L'art. 751 co. 1 n. 14 TuOM punisce, peraltro, con la consegna di rigore la violazione del dovere di informare al più presto i superiori della ricezione di un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisca manifestamente reato.

---

<sup>30</sup> Art. 729 co. 2 TuOM: «Il militare al quale è impartito un ordine che non ritiene conforme alle norme in vigore deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto a eseguirlo se l'ordine è confermato».

<sup>31</sup> Cass. 6.7.2021 n. 28178, in *CEDCass*, m. 281695 – 01.

Diversamente, nel caso di un ordine manifestamente criminoso ma del tutto svincolato da ragioni di servizio o disciplina si dovrebbe invece ritenere trattarsi di ordine inesistente, che il militare ha pure il dovere di non eseguire – per non rispondere di concorso nel reato – ma rispetto al quale non ha anche il dovere, disciplinarmente sanzionato in caso di violazione, di relazionare ai superiori. Si pensi al caso del comandante che ordini al subordinato di seguirlo per commettere una rapina in banca. Qualora poi il superiore oltre a ordinare la commissione del reato, lo portasse anche a esecuzione, il subordinato sarebbe comunque tenuto in taluni casi a denunciarlo all’Autorità Giudiziaria, in forza degli artt. 361 ss. Cp.

Va peraltro registrato che il concetto di manifesta criminalità dell’ordine ha conosciuto un’evoluzione, per via giurisprudenziale, che ne ha espanso la portata. In effetti, la più risalente giurisprudenza per “manifestamente criminoso” intendeva solo quell’ordine macroscopicamente criminoso per un tipo medio di persona. Il rifiuto dell’ordine è stato ritenuto legittimo quando l’ordine risulta «indiscutibilmente, macroscopicamente e immediatamente criminoso, secondo la comune opinione radicata nel tipo medio di persona (ancorché gerarchicamente subordinata)»<sup>32</sup>.

La manifesta criminalità, dunque, secondo tale impostazione, farebbe riferimento a un’illiceità penale che, per la gravità della condotta e la lesione di interessi fondamentali per la società, è immediatamente percepibile da chiunque.

In questo senso, ben si inseriscono i crimini internazionali, idonei come tali a scuotere la coscienza sociale dell’intera umanità. Così già la Suprema Corte<sup>33</sup> aveva ritenuto manifestamente criminoso il crimine di guerra della rappresaglia relativo all’eccidio delle Fosse Ardeatine pur non essendo all’epoca dei fatti ancora vigenti le Convenzioni di Ginevra del 1949 e i Protocolli Addizionali del 1977, non applicabili retroattivamente, in quanto condotte comunque contrarie ai più elementari principi di umanità.

L’art. 33 dello Statuto della Corte Penale Internazionale prevede peraltro oggi una presunzione legale di manifesta criminalità, statuendo che è sempre manifestamente criminoso l’ordine di commettere i crimini internazionali di genocidio e crimini contro l’umanità. La presunzione legale è quindi limitata ai soli ordini di commettere crimini contro l’umanità e genocidio e non riguarda anche quelli relativi a crimini di guerra e aggressione. Ne consegue che, mentre per gli ordini di commettere crimini contro l’umanità e genocidio la Corte è tenuta a considerarli sempre come manifestamente criminosi, a prescindere dalle circostanze del caso concreto, per i crimini di guerra e per l’aggressione la Corte è chiamata a svolgere una valutazione caso per caso, che tenga conto delle circostanze di fatto.

La giurisprudenza di legittimità ha, tuttavia, come detto, progressivamente ampliato la portata della manifesta criminalità dell’ordine, adeguandosi anche al mutato contesto del reclutamento militare, ponendo sempre maggiormente l’accento sulla particolare veste del militare, che ora è sempre un militare professionale e adeguatamente formato, quando non anche ufficiale di polizia giudiziaria<sup>34</sup>.

Valorizzando il profilo soggettivo del militare professionale, la Corte Suprema ha ora rinvenuto la manifesta criminalità dell’ordine non più solo nei casi in cui la gravità del reato è tale che il disvalore giuridico sia percepibile immediatamente da qualsiasi cittadino, bensì anche nel caso di reati meno gravi ma che siano percepiti con chiarezza e nell’immediatezza quali reati da parte del personale militare professionale che è stato appositamente formato e sottoposto a indottrinamento. Tra gli ordini manifestamente criminosi, che quindi il militare ha il dovere di non eseguire – con inapplicabilità dell’art. 51 Cp – è stato ad esempio ricompreso anche quello

<sup>32</sup> Cass. 16.11.1998 n. 1230, n.m.

<sup>33</sup> Cass. 1.12.1998 n. 12595, in *CEDCass*, m. 211772 – 01.

<sup>34</sup> Cass. 10.3.2011 n. 18896, in *CEDCass*, m. 250284 – 01.



di rifiutarsi di adempiere a una violata consegna, per essere stato richiesto dal capopattuglia di entrare nella garitta, anziché vigilare il sito dall'esterno<sup>35</sup>.

2. Le ipotesi di scuola hanno da sempre costituito un efficace banco di prova per testare la tenuta dogmatica di determinate teorie del diritto. Si pensi, nel diritto penale, al furto di un acino d'uva e alla teoria della necessaria offensività della condotta.

In tale prospettiva, quella dell'ordine di una missione suicida – intesa come operazione militare che con ragionevole certezza comporti il decesso del militare che vi prende parte – costituisce un'ipotesi di scuola utile per verificare la validità delle categorie finora illustrate che compongono la relazione esistente tra l'ordine militare e il dovere di obbedienza.

Nella sua declinazione più pura, l'ordine relativo a un'operazione militare apertamente suicida appare senz'altro quale un'evenienza priva di un possibile riscontro nella pratica militare (anche se la storia, pure recente, ha conosciuto esempi di missioni suicida, si pensi, a titolo esemplificativo, ai c.d. kamikaze giapponesi al volgere della seconda guerra mondiale). Tuttavia, gli interrogativi, che si pongono in maniera più evidente nel caso di missioni suicida, rilevano pure, e in modo per certi versi ancora più problematico, per le operazioni ad alto o altissimo rischio di decesso. In un contesto bellico, il comandante potrebbe essere costretto da necessità militari imperative ad assicurare la protezione della popolazione civile, ordinando missioni – anche solo di pura resistenza – che possano prevedibilmente comportare, in un'alta percentuale di rischio, delle perdite umane. E in tali evenienze, quale è e chi stabilisce la percentuale di rischio tollerabile e fino a che punto può il militare rifiutarsi di obbedire a un tale ordine?

E allora è necessario provare a delineare il quadro normativo potenzialmente applicabile per tali casi. È d'uopo tentare di inserire l'ordine di una missione suicida (nella quale, per il seguito, si ricomprenderà anche quella ad altissimo rischio di perdita di vita) all'interno delle già prospettate categorie della relazione tra ordine militare e dovere di obbedienza, per verificare se un tale ordine possa essere inquadrato in una di esse, con applicazione della conseguente regola comportamentale da parte del militare che lo abbia ricevuto.

In primo luogo, va rilevato che non è affatto agevole collocare l'ordine di una missione suicida all'interno della categoria dell'ordine manifestamente criminoso. In un contesto bellico, l'ordine, ad esempio, di dirigere un velivolo militare direttamente contro un obiettivo militare nemico strategico potrebbe anche rispettare i limiti della necessità e proporzionalità ed essere quindi in linea con il diritto internazionale umanitario. La manifesta criminalità allora in tal caso andrebbe piuttosto ricercata sul fronte del diritto penale interno. Facendo però leva su quali norme? Verrebbe in prima battuta da pensare all'istigazione al suicidio (art. 580 Cp), ma si tratta di un percorso interpretativo sicuramente incerto e angusto e che andrebbe comunque posto in relazione con il restante contesto normativo costituzionale e internazionale.

L'ordine di missione suicida non sembra poi neppure immediatamente riconducibile alla categoria dell'ordine illegittimo, in quanto non è dato rinvenire nel nostro ordinamento una norma positiva che delimiti gli spazi applicativi degli ordini con riferimento alle ricadute negative sulla vita dei militari. E del resto, come già detto, la mera illegittimità dell'ordine non ne scongiura la vincolatività per il militare subordinato.

Né un'eventuale disobbedienza potrebbe trovare, sotto il profilo penalistico, una sicura copertura nella causa di giustificazione dello stato di necessità *ex art. 54 Cp*. Tale norma, dopo il disposto del primo comma («Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona»), prevede, infatti, al secondo comma, che essa «non si applica a chi ha un particolare

---

<sup>35</sup> Cass. 4.9.2024 n. 268, n.m.

dovere giuridico di esporsi al pericolo». Anzi, l'art. 173 co. 2 Cpmmp dispone un'aggravante per il caso della disobbedienza, se il fatto è commesso in una circostanza di "grave pericolo". Anche in tal caso residuano peraltro ampi margini di incertezza interpretativa posto che l'art. 54 Cp fa riferimento a un dovere giuridico di esporsi al pericolo – e certamente i militari rientrano pienamente in tale categoria – e tuttavia non definisce la nozione di "pericolo" ed è quindi dubbio se in tale dizione debba annoverarsi anche il caso di una "certezza" (o ragionevole certezza) della realizzazione di un grave evento dannoso alla persona. Facendo leva forse su tale ragionamento, che escluderebbe gli eventi dannosi "certi" dal novero dell'art. 54 co. 2 Cp, è stato ritenuto scriminato dallo stato di necessità il comportamento del militare che si era rifiutato di obbedire all'ordine di calzare gli stivali anfibia, in relazione all'intenso dolore fisico da questi provocati per la conformazione a martello delle dita di entrambi i piedi<sup>36</sup>. A voler dunque ritenere che l'ordine di una missione suicida possa in ipotesi anche essere legittimo e non manifestamente criminoso, vi è allora da chiedersi se un tale ordine possa anche attenere al servizio od alla disciplina.

A una prima analisi la risposta sembrerebbe senz'altro positiva. Per continuare nell'esempio di prima, l'ordine di pilotare un aereo fino all'abbattimento contro un obiettivo militare nemico strategico sembrerebbe rientrare pienamente nel contesto del servizio e del perseguimento di risultati bellici.

Tuttavia, come già visto, l'attinenza al servizio o alla disciplina degli ordini militari va valutata in senso non già meramente formale, bensì attraverso una lettura sostanziale e costituzionalmente orientata, che fissi in modo rigoroso gli spazi applicativi degli ordini giuridicamente vincolanti, assicurandosi che essi non incidano, in modo non necessitato e sproporzionato, su diritti fondamentali della persona. Come già ricordato, la particolare libertà nelle forme e nelle procedure degli ordini militari accordata dal legislatore (si pensi all'assenza di obbligo di motivazione), va infatti controbilanciata con una rigorosa delimitazione, anche per via di un'interpretazione giurisprudenziale, dell'ambito applicativo degli ordini militari, alla sola sfera del servizio o della disciplina strettamente intesi, che non trasbordi in materie estranee o tutelate da diritti fondamentali della persona e che non travalichi i limiti della necessità e proporzionalità. Limiti, quelli della necessità e proporzionalità, che trovano ampio e consolidato riscontro, anche a livello europeo e internazionale, nella materia dei diritti umani (art. 52 Cedu) e del diritto internazionale umanitario (Art. 51(5) lett. b del I Protocollo Addizionale del 1977)<sup>37</sup>.

Per una valutazione sostanziale dell'attinenza al servizio dell'ordine di una missione suicida, va quindi in primo luogo analizzato il quadro normativo, nazionale e internazionale, del diritto alla vita, con particolare riferimento alla Costituzione e ai trattati internazionali di diritto internazionale umanitario e dei diritti umani.

Come noto, la nostra Costituzione non prevede espressamente il diritto alla vita, e ciò nondimeno, come ha avuto modo di chiarire la Corte costituzionale, tale diritto costituisce la «matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona»<sup>38</sup>, il cui ancoraggio va rinvenuto negli artt. 2, 32 e 27 co. 4 della Costituzione. Secondo la Consulta, più in particolare, la tutela del diritto alla vita troverebbe fondamento nell'art. 2 della Costituzione, e sarebbe rafforzato, in sede penale, dallo specifico divieto della pena di morte stabilito nell'articolo 27 co. 4, della stessa Carta<sup>39</sup>. Più di recente, infatti, la medesima Corte<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Corte App. mil. di Verona 20.1.1989, Borrelli, in *Rass. Giust. mil.* 1989, 151 e ss.

<sup>37</sup> Vedasi anche la giurisprudenza della Corte Edu (C. eur. GC, 27.9.1995 *McCann and Others v. the United Kingdom*, § 149).

<sup>38</sup> C. cost., 27.6.1996 n. 223, in G.U. n. 27 del 3.7.1996 e C. cost., 9.7.1996 n. 238, in G.U. n. 29 del 17.7.1996.

<sup>39</sup> C. cost., 21.6.1979 n. 54, in G.U. n. 175 del 27.6.1979.

<sup>40</sup> C. cost., ord. 16.11.2018 n. 207, in G.U. n. 46 del 21.11.2018.

ha considerato il diritto alla vita «riconosciuto implicitamente – come “primo dei diritti inviolabili dell’uomo” (sentenza n. 223 del 1996), in quanto presupposto per l’esercizio di tutti gli altri – dall’art. 2 Cost. (sentenza n. 35 del 1997), nonché, in modo esplicito, dall’art. 2 CEDU».

Il riconoscimento costituzionale implicito del diritto alla vita quale diritto immanente nel sistema costituzionale, lascia tuttavia spazio a dubbi interpretativi di non poco momento in ordine alla sua natura (libertà? diritto puro? diritto-dovere?), contenuto (obbligo generale di proteggere mediante la legge il diritto alla vita e divieto di privare intenzionalmente della vita? Diritto a non essere privato da altri della vita? Facoltà di privarsi della vita?) e limiti (diritto inderogabile? Non limitabile in alcun caso?).

Ed è chiaro come tali dubbi si manifestino in modo ancor più pressante quando il diritto alla vita si relazioni, contrapponendosi, con altri diritti o doveri dei cittadini, nei casi estremi di pericolo per l’intera collettività, quale è paradigmaticamente proprio il caso dell’evento bellico, che ponga in pericolo la stessa esistenza della nazione e dell’ordine democratico costituito.

E allora diviene particolarmente problematico, in ambito militare, il richiamo operato proprio dalla stessa Corte costituzionale, per la generalità dei casi, alla valenza dell’art. 27 co. 4 Cost., che, nella formulazione vigente, pone un divieto assoluto di ricorrere alla pena di morte quale copertura costituzionale al diritto alla vita. E in effetti va stigmatizzato che l’art. 27 co. 4 Cost., nella sua formulazione anteriore alla revisione operata dalla l. cost. 2.10.2007 n. 1, prevedeva che «non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra». Come a significare, quindi, che il diritto alla vita troverebbe un limite per il caso di evento bellico che ponga a rischio l’intera collettività. E in effetti, è stato solo con l. 13.10.1994 n. 589 che la pena di morte è stata soppressa nelle leggi militari di guerra. Fino a tale momento il militare che disobbediva, in tempo di guerra, a un ordine di portare a termine una determinata operazione militare poteva rispondere con la pena di morte. La pena capitale era in effetti prevista dalla legge militare di guerra per i casi abbandono del comando (art. 94 Cpmg), omessa esecuzione di un incarico (art. 100 Cpmg), resa (art. 103 Cpmg), codardia (art. 108 Cpmg), abbandono di posto durante il combattimento (art. 119 Cpmg), diserzione al nemico (art. 143 Cpmg).

Si aggiunga che l’art. 52 della Costituzione prevede che «La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino», un concetto quello di “sacralità” che sembra anche prescindere e travalicare i confini del diritto positivo in senso stretto, per richiamare nozioni metagiuridiche di abnegazione del singolo cittadino – e vieppiù quindi del militare – per la difesa della Nazione. Vi sono quindi nella Carta costituzionale norme che, in alcune circostanze estreme, sembrerebbero far prevalere l’interesse della collettività sui diritti fondamentali dei singoli. Una tale impostazione pare essere stata abbracciata anche più di recente dalla Corte costituzionale con la sentenza 9.2.2023 n. 14 – sulla costituzionalità delle norme introduttive del vaccino obbligatorio Sars-Cov-2, in relazione all’art. 32 Cost. – nel considerare non in contrasto con i principi costituzionali quelle “scelte tragiche” del diritto che comportino il rischio di eventi avversi, anche gravi o fatali, costituendo tali evenienze mero titolo per l’indennizzabilità. Orbene, anche se, come correttamente rimarcato dalla Corte di cassazione<sup>41</sup>, «la morte, quindi, non rappresenta la massima offesa possibile del diverso bene “salute”», è pur chiaro come una tale interpretazione della Consulta dell’art. 32 Cost. non possa non avere un riflesso anche nella definizione del diritto alla vita, quale implicitamente riconosciuto negli artt. 2 e 27 Cost.

<sup>41</sup> Cass. S.U. 22.7.2015 n. 15350, in *CEDCass*, m. 264864 – 01.

Va peraltro rimarcato che la citata sentenza n. 14/2023 della Corte costituzionale sembra tuttavia porsi in contrasto con la consolidata e pregressa giurisprudenza della stessa Corte<sup>42</sup> che ha, a più riprese, affermato il principio di diritto secondo cui: «la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 della Costituzione se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale. Ma si desume soprattutto che un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili». La legge impositiva di un trattamento sanitario non sarebbe quindi incompatibile con l'art. 32 Cost. solo se gli unici effetti negativi prevedibili siano temporanei, di scarsa entità e tollerabili. Giammai, quindi, allorché effetti avversi gravi, irreversibili o finanche fatali fossero prevedibili. L'indennizzo, in effetti, riguarderebbe proprio gli eventi avversi, anche gravi e fatali, che per essere imponderabili, imprevedibili, fortuiti, non potevano essere previsti dal legislatore in quel dato momento storico e servono quindi a ristorare quel danno "ulteriore", che non era appunto prevedibile. La stessa Corte costituzionale, in altre occasioni, ha pure puntualizzato, in modo ancora più forte e incisivo, che «nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri»<sup>43</sup>. E allora, se nessuno può essere costretto a sacrificare la propria salute a quella di tutti gli altri, a maggior ragione, quindi, nessuno dovrebbe poter essere chiamato a sacrificare la propria vita a favore di quella di tutti gli altri. È chiaro tuttavia che l'art. 32 Cost. è norma che abbraccia la generalità dei cittadini e quindi essa andrebbe posta anche in relazione con l'art. 52 Cost. che impone particolari doveri ai militari.

Se quindi il quadro costituzionale lascia ancora ampi margini di dubbio, ancor più esacerbati dalle richiamate notevoli fibrillazioni della stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, più lineare potrebbe sembrare invece il quadro internazionale del diritto alla vita, riconosciuto in maniera espressa e incondizionata quale diritto fondamentale e inderogabile dagli artt. 2 Cedu e 6 Patto Internazionale sui diritti civili e politici. Tali norme naturalmente trovano pieno ingresso nel nostro ordinamento per il tramite degli artt. 10, 11, 117 Cost.

Anche in tal caso non mancano tuttavia taluni margini di incertezza interpretativa. Mentre, infatti, l'art. 4 del Patto non consente deroga alcuna al diritto alla vita nei casi di «pericolo pubblico eccezionale, che minacci l'esistenza della nazione», l'art. 15 della Cedu, «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione», pure non autorizza alcuna deroga al diritto alla vita, «salvo il caso di decesso causato da legittimi atti di guerra». L'art. 15 Cedu peraltro non distingue il decesso di chi ha eseguito il legittimo atto di guerra da chi ne è rimasto vittima quale obiettivo dello stesso, lasciando quindi ancora una volta un residuo dubbio interpretativo.

A fronte di un quadro normativo costituzionale e internazionale frammentario e lacunoso, l'interprete, per pervenire a una visione piena e d'insieme del fenomeno, potrà far ricorso a una serie di elementi extragiuridici, di natura storica, politica, operativa, organizzativa, morale, psicologica. Naturalmente, ciascuno di detti profili meriterebbe un'adeguata considerazione e approfondimento, e in questa sede ci si limiterà solo a rilevare la particolare rilevanza dell'evoluzione del servizio militare, sia sotto il profilo organizzativo che tecnologico.

<sup>42</sup> C. cost., 23.6.1994 n. 258, in G.U. n. 27 del 29.6.1994 e C. cost., 22.6.1990 n. 307, in G. U. n. 26 del 27.6.1990.

<sup>43</sup> C. cost., 18.4.1996 n. 118, in G.U. n. 17 del 24.4.1996.

Sotto il primo aspetto, va considerato che il servizio militare ha conosciuto negli ultimi anni un radicale mutamento. Lo Stato ha prima riconosciuto, con l. 8.7.1998 n. 230, il diritto dei cittadini a esercitare il diritto di obiezione di coscienza, accordando la possibilità di servire la Nazione con lo svolgimento di un servizio civile, in alternativa al servizio militare, e poi ha previsto, con l. 14.11.2000, n. 331, che il servizio militare, in tempo di pace, è volontario e professionale. Va quindi pienamente valorizzata, anche a livello interpretativo, la scelta volontaria dei cittadini che decidono di intraprendere la carriera militare. L'aver deciso volontariamente di diventare militari comporta evidentemente anche la scelta a monte di essere disposti a sacrificare la propria vita per la Nazione. Volontarietà che si esprime con l'impegno, solennemente assunto con il giuramento<sup>44</sup>, di adempiere ai doveri della disciplina e del servizio conseguenti all'assunzione dello stato di militare enunciati nell'art. 621 COM e che si ripete costantemente nei cerimoniali dell'alzabandiera e del canto dell'inno nazionale («...siam pronti alla morte; Italia chiamò...»)<sup>45</sup>.

L'evoluzione tecnologica, poi, ha pure mutato radicalmente le modalità delle operazioni militari, con il passaggio dalle tradizionali guerre di contatto fisico e di trincea a guerre sempre più svolte a distanza, tramite l'utilizzo di mezzi tecnologici e informatici (missili, velivoli, droni, attacchi cibernetici, ecc.). Ed è chiaro allora come l'apporto tecnologico abbia una notevole ricaduta sulla valutazione dell'elemento della necessità di una missione suicida. Le operazioni e le azioni di combattimento maggiormente rischiose vedono infatti ora esposti in primo luogo proprio i mezzi tecnologici a guida autonoma.

Tali elementi extragiuridici sono peraltro idonei a dare corpo e significato anche ai criteri della necessità e proporzionalità, che pure, come già detto, debbono guidare l'azione di comando, limitando l'uso della forza da parte dello Stato. Sotto il profilo della proporzionalità, quindi, la perdita di vite umane potrebbe, ad esempio, giustificarsi qualora richiesta per la salvaguardia di un obiettivo di primaria importanza – si pensi alla protezione di una città con un'ingente presenza di popolazione civile – mentre sarebbe più difficilmente giustificabile per la protezione di mezzi materiali di una minore importanza militare e strategica. Sotto l'aspetto della proporzionalità, poi, il Comandante, nella pianificazione di un'operazione militare, deve aver cura di svolgere un'attenta ricognizione dei rischi e dei benefici bellici e si dovrà astenere dall'ordinare operazioni che comportino una sicura perdita di vite umane, tenuto anche conto della possibilità di utilizzare mezzi tecnologici per il conseguimento di medesimi o simili risultati<sup>46</sup>.

La tematica dell'ordine di una missione suicida – che poi è paradigmatica della più ampia problematica dei limiti dell'azione di comando – rimane quindi aperta a diverse interpretazioni, che rispecchiano anche la diversa attenzione o sensibilità che può avere l'interprete nel valorizzare maggiormente uno piuttosto che un altro di quegli elementi extragiuridici ai quali si è fatto cenno e che colorano la relazione esistente tra l'ordine militare e il dovere di obbedienza.

<sup>44</sup> Art. 575 TuOM: «1. I militari prestano giuramento con la seguente formula: “Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana, di osservarne la Costituzione e le leggi e di adempiere con disciplina e onore tutti i doveri del mio stato per la difesa della Patria e la salvaguardia delle libere istituzioni”. 2. Il giuramento si presta in forma solenne, alla presenza della bandiera e del comandante del corpo».

<sup>45</sup> Con l. 4.12.2017 n. 181 viene riconosciuto il testo del «Canto degli italiani» di Goffredo Mameli e lo spartito musicale originale di Michele Novaro quale inno nazionale.

<sup>46</sup> Anche la Corte Edu ha da sempre posto grande attenzione al tema della pianificazione nell'uso della forza: «In determining whether the force used is compatible with Article 2, it may therefore be relevant whether a law enforcement operation has been planned and controlled so as to minimise to the greatest extent possible recourse to lethal force or incidental loss of life» (C. eur. 17.6.2005, *Bubbins v. the United Kingdom*, § 136 e § 141; C. eur. 4.9.2007, *Huohvanainen v. Finland*, § 94; C. eur. 9.10.1997, *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, § 182; C. eur. 15.5.2007, *Yüksel Erdoğan and Others v. Turkey*, § 86).

3. La complessità – e al contempo il fascino – della tematica dell'obbedienza agli ordini militari è costituito proprio dall'eterogeneità delle fonti che la disciplinano e dai diversi angoli e prospettive attraverso cui è possibile analizzare il fenomeno.

La sfida dell'interprete è quindi quella di saper ridurre a sistema una congerie di fonti normative di diverso livello, che vanno da minute previsioni dei regolamenti di disciplina militare, fino a disposizioni legislative di rango primario, per culminare in principi costituzionali e di diritto internazionale che richiamano i più alti valori della vita e della dignità umana.

Non solo, ma la peculiarità del contesto operativo militare è tale che nella decisione dei casi concreti dovranno essere tenuti in debita considerazione numerosi altri aspetti, non propriamente giuridici, ma che attengono a questioni organizzative, di formazione del personale, psicologiche, filosofiche, morali, storiche, culturali.

Un'interpretazione costituzionalmente orientata, che prenda anche in considerazione il complesso di tali elementi extragiuridici, potrà quindi guidare l'interprete nella risoluzione dei casi concreti, tramite una rigorosa delimitazione dell'ambito applicativo degli ordini militari alla sola sfera del servizio o della disciplina strettamente intesi, che non trasbordi in materie estranee o tutelate da diritti fondamentali della persona e che non travalichi i limiti della necessità e della proporzionalità.

Solo un approccio globale, onnicomprensivo, olistico, che tenga conto di tutti i diversi elementi che compongono la relazione tra ordini militari e dovere di obbedienza potrà, così, consentire all'interprete di trovare un punto di equilibrio tra esigenze diverse, e spesso contrapposte, quali, da un lato, disciplina, corretto funzionamento dell'organizzazione militare e sicurezza della Nazione e, dall'altro, libertà, diritto alla vita e dignità umana del militare.

**ESECUZIONE DELL'ORDINE MILITARE E DISOBEDIENZA RESPONSABILE\***

di Domenico Notaro (*Professore ordinario di Diritto penale nell'Università di Pisa*)

Chiare indicazioni normative attestano il valore che l'obbedienza all'ordine del superiore assume in ambito militare. Insieme alle disposizioni statutarie che ne richiamano l'importanza quale strumento essenziale di osservanza della disciplina che avvince le Forze Armate per assicurare loro coesione, sovengono la previsione scriminante dell'art. 51 Cp che esonera da responsabilità il sottoposto che commetta un fatto di reato in esecuzione di un legittimo ordine impartitogli dall'autorità preposta, e le disposizioni penali militari che incriminano la disobbedienza del militare che manchi di eseguire l'ordine intimato dal suo superiore. Muovendo dal reciproco coordinamento di tali previsioni normative, lo scritto esamina la posizione del militare astretto fra il rischio di concorrere in responsabilità per l'esecuzione di ordini illegittimamente emanati e quello di essere rimproverato per avere disobbedito a ordini effettivamente vincolanti. Particolare rilievo assume l'indagine sulla capacità del militare di discernere il tratto di legittimità dell'ordine e, a tal fine, si considera il peso che – anche sulla base di indici normativi esistenti – sono destinati a rivestire i meccanismi di formazione e di addestramento dei militari a tradurre le regole di servizio e disciplina che orientano gli appartenenti alle Forze Armate a espletare le loro mansioni.

Clear statutes regulations attest to the value that obedience to the superior's order assumes in the military field. Together with the statutory provisions that recall its importance as an essential tool for compliance with the discipline that binds the Armed Forces to ensure their cohesion, we remind the excusing provision of the art. 51 of the Criminal Code which exempts from responsibility the subordinate who commits a criminal act in execution of a legitimate order given by the relevant authority, and the military penal provisions which incriminate the disobedience of the soldier who fails to carry out the order given by his superior. Starting from the mutual coordination of these regulatory provisions, the paper examines the position of the soldier caught between the risk of becoming responsible for the execution of illegal orders and that of being reprimanded for having disobeyed binding orders. Particular importance is given to the investigation into the military's ability to discern the legitimacy of the order and, to this end, the actual weight that - also on the basis of some normative indications - is intended to be given to the mechanisms of education and training of soldiers to translate the rules of service and discipline that guide members of the Armed Forces to carry out their duties.

**SOMMARIO:** 1. L'obbedienza come portato della disciplina militare. – 2. Legittimità dell'ordine e rilevanza penale della disobbedienza. – 3. Obbedienza “responsabile” e ruolo della formazione del militare – 4. Esigibilità dell'obbedienza e imputazione della disobbedienza all'ordine del superiore. – 5. Indici normativi per una considerazione dell'atteggiamento del militare dinanzi all'ordine del superiore.

1. Non è dubbio che l'obbedienza rappresenti una componente fondamentale per l'assolvimento dei compiti di servizio cui si è chiamati in ambito militare. L'organizzazione

---

\* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione al Convegno “L'adempimento all'ordine, tra responsabilità e obbedienza. Profili di diritto penale militare e internazionale” (Pisa, 23 settembre 2024), iniziativa del **progetto finanziato dall'Unione Europea - NextGenerationEU a valere sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Missione 4 Istruzione e ricerca – Componente 2 Dalla ricerca all'impresa - Investimento 1.1, Avviso Prin 2022 indetto con DD N. 1409 del 14/9/2022, dal titolo “The Problem of Responsible Obedience (ABIDE)”**, codice proposta P20229FK2F – CUP I53D23007270001.

gerarchica che connota l'assetto delle Forze Armate esige che il subordinato assecondi le indicazioni del superiore, affinché la funzione militare sia espletata in termini confacenti alle aspettative sociali di efficienza e puntualità. L'obbedienza rappresenta, perciò, un valore in sé, che attiene alla disciplina di status cui sono tenuti i militari, tanto da risultare meritevole di protezione anche sul piano penale.

L'art. 1347 del codice dell'ordinamento militare (d.lgs. 15.3.2010, n. 66, d'ora in poi Com) definisce l'obbedienza come l'«esecuzione pronta, rispettosa e leale degli ordini attinenti al servizio e alla disciplina, in conformità al giuramento prestato», e impone come assoluto il dovere di darvi attuazione, purché non si tratti di ordini manifestamente criminosi o rivolti contro le Istituzioni dello Stato, nel qual caso ricorre un opposto dovere di astensione (art. 1349 Com). L'art. 1346 Com impone, poi, al militare di osservare «con senso di responsabilità e consapevole partecipazione tutte le norme attinenti alla disciplina e ai rapporti gerarchici» e riporta alla disciplina militare «l'osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato di militare in relazione ai compiti istituzionali delle Forze armate e alle esigenze che ne derivano»; la disciplina del militare, a sua volta, «costituisce il principale fattore di coesione e di efficienza» delle FF.AA. ed è «regola fondamentale» per i cittadini alle armi. Alla centralità del valore della disciplina militare si ricollegano l'affermazione del principio gerarchico, con la definizione delle reciproche posizioni (in termini di prerogative e doveri) del superiore e dell'inferiore, e l'imposizione del dovere di obbedienza che grava sul subordinato.

A tutelare tali valori, è deputato l'art. 173 Cmpm che punisce il militare che rifiuti, ritardi od ometta di obbedire all'ordine impartitogli dal superiore, purché l'intimazione attenga al servizio o alla disciplina<sup>1</sup>. La disobbedienza è più grave, se compiuta in servizio o a bordo di una nave o di un aereo; è ancora più grave, se la si commetta in occasione di un incendio, di un'epidemia o di altra circostanza di grave pericolo.

Come mostra la circostanza che il fatto è aggravato quando commesso nello svolgimento del servizio, la fattispecie non mira a punire le offese arrecate (direttamente) al servizio tramite la condotta disobbediente; del resto, guardando alla collocazione sistematica della norma, la disposizione penale è indirizzata a tutelare piuttosto la disciplina militare. La Corte costituzionale<sup>2</sup> ha nondimeno precisato che «il reato non si sostanzia nella disobbedienza a un "ordine" qualsiasi proveniente da un superiore gerarchico», ma nella disobbedienza «a un ordine funzionale e strumentale alle esigenze del servizio o della disciplina». Effettivamente, il delitto in esame «tutela l'esigenza di assicurare il corretto funzionamento dell'apparato militare a mezzo dell'osservanza dell'ordine impartito dal superiore gerarchico»<sup>3</sup>. Tale assunto accoglie l'idea che «le attività di servizio sono il fine da raggiungere da parte delle FF.AA. e l'ordine è il mezzo attraverso il quale il superiore – quando non opera direttamente ma attraverso un comportamento ordinato al subordinato – persegue tale fine»; pertanto, anche ordini apparentemente riguardanti la sola disciplina hanno, in realtà, una certa attinenza al

---

<sup>1</sup> Ben altre disposizioni penali presidiano il dovere di obbedienza dell'inferiore agli ordini del superiore: in tempo di pace gli artt. 174 e 175 Cmpm che abbracciano le più gravi ipotesi di "ribellione" accomunate dalla circostanza di coinvolgere quattro o più militari riuniti nella disobbedienza al medesimo ordine; in tempo di guerra vantano autonoma considerazione l'inottemperanza all'ordine di non attaccare il nemico (art. 95 Cpmg), l'omessa esecuzione di un incarico (art. 100 Cpmg), il rifiuto di marciare contro il nemico o di compiere un servizio o altra operazione di guerra (art. 112 n. 4 Cpmg), nonché la disobbedienza del prigioniero (nemico) agli ordini impartiti da un militare italiano incaricato di scortarlo o di sorvegliarlo (art. 199 Cpmg) e la disobbedienza del prigioniero italiano agli ordini del superiore anch'esso prigioniero presso il nemico (art. 215 Cpmg).

<sup>2</sup> C. cost. 14.2.2001 n. 39, in *CP* 2001, 1744.

<sup>3</sup> Cass. 13.12.2011 n. 3339, in *CED Cass*, m. 251838.



servizio<sup>4</sup>. Ecco perché si afferma che il reato non difende il prestigio vantato dal superiore per il rispetto che gli è dovuto dal subordinato<sup>5</sup>.

Presupposto di operatività della norma è l'esistenza di un rapporto di subordinazione gerarchica di chi disobbedisce all'ordine nei confronti di chi lo intima. L'ordine deve essere emanato da un soggetto avente poteri di supremazia (in grado o in comando) e deve essere indirizzato a un individuo gravato da un vincolo di subordinazione operante nei riguardi di chi rivolge l'ordine. Tale vincolo può manifestarsi anche nei confronti di un superiore dal quale il militare non dipende direttamente e che gli intima un comando; occorre, tuttavia, che il superiore diretto sia reso immediatamente edotto dell'ordine ricevuto – secondo quanto prevede l'art. 729 co. 1 lett. c) d.P.R. 15.3.2010 n. 90 (costituente il testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare) – affinché non si creino le premesse di inefficienza del servizio, dovuta al mancato coordinamento fra i comandi.

L'ordine è il provvedimento che impone a uno o più individui determinati di tenere un comportamento comandato. Può essere dato in qualunque forma, purché consista in una manifestazione di volontà inequivoca che – salvi eventuali margini di flessibilità quanto ai modi – non lasci residuare dubbi o incertezze di sorta circa l'*an* e l'obiettivo dell'esecuzione<sup>6</sup>. L'ordine deve però essere legittimo in quanto deve attenere al servizio o alla disciplina per entrambi i soggetti (superiore e inferiore). Per la misurazione di questi tratti di legittimità – sostanziale – dell'ordine assumono primaria importanza le norme che regolamentano lo svolgimento del servizio militare e quelle che pongono prescrizioni e doveri di status per l'appartenente alle FF.AA. Legittimi dal punto di vista sostanziale sono stati ritenuti l'ordine di sottoporsi a visita medica di controllo, rivolto al militare momentaneamente esonerato dal servizio attivo in forza di un certificato medico da questi prodotto a seguito del rigetto della sua domanda di licenza, essendo imposto dalle norme di servizio che sia verificata l'idoneità del militare a rimanere a disposizione dell'autorità militare<sup>7</sup>, e l'intimazione rivolta all'inferiore di tagliarsi i capelli, stante il dovere imposto ai militari di rendere decoroso il proprio aspetto esteriore in termini consoni alla dignità della loro condizione (art. 721 d.P.R. n. 90/2010)<sup>8</sup>. Viceversa, per mancanza di attinenza al servizio o alla disciplina dell'ordine, si è escluso che diano luogo al reato la disobbedienza all'esortazione del comandante a partecipare a una funzione religiosa o il rifiuto opposto alla richiesta del maresciallo superiore di cedere il posto nell'auto di servizio in quanto spettante al "capo macchina"<sup>9</sup>.

2. Col richiedere che l'ordine attenga al servizio o alla disciplina (conformandosi alle relative prescrizioni), l'art. 173 Cmpmp pone un vincolo tanto per i protagonisti del rapporto di subordinazione gerarchica, quanto nei confronti del giudice penale: sui primi in quanto tenuti a osservare i presupposti di legittimità in sede di emanazione e di esecuzione dell'ordine<sup>10</sup>;

<sup>4</sup> T. mil. Napoli 14.9.2021 n. 19, in *CP* 2022, 1556.

<sup>5</sup> C. cost. 14.2.2001 n. 39 cit.; tant'è che il superiore non può lamentare di aver sofferto un danno risarcibile ai sensi degli artt. 185 Cp e 2043 e 2059 Cc: v. Cass. 18.3.2003 n. 14760, in *CP* 2004, 2017.

<sup>6</sup> Cass. 13.6.2014 n. 28232, in *CED Cass*, m. 261412; Cass. 23.12.1987 n. 3007, in *CP* 1989, 1001.

<sup>7</sup> Cass. 3.3.2015 n. 30724, in *CED Cass*, m. 264487. V. anche Cass. 23.9.1999 n. 11728 in *CED Cass*, m. 214289, che ha ritenuto legittimo l'ordine intimato dal superiore gerarchico a un militare dell'arma dei carabinieri, cui era stato prescritto il riposo per infermità, di non allontanarsi dalla caserma dove prestava servizio salvo che per il tempo necessario a sottoporsi alle cure, trattandosi di ordine impartito per ragioni attinenti al servizio e alla disciplina, con conseguente integrazione del reato di disobbedienza a seguito dell'allontanamento ingiustificato del militare dalla caserma.

<sup>8</sup> T. mil. Napoli 14.9.2021 n. 19 cit.

<sup>9</sup> C. cost. ord. 5.2.2001 n. 39 cit.

<sup>10</sup> Alla necessità che anche l'esecutore effettui un vaglio di legittimità (sostanziale) dell'ordine si richiama, ad es., V. Garino, voce *Disobbedienza nel diritto penale militare*, in *DigDpen.*, IV, 1990, 143 e 144.

verso il secondo, perché chiamato a verificare che il carattere di legittimità del provvedimento sussista in concreto affinché si dia il reato per l'inosservanza dell'ordine.

È stato affermato oggi in questo incontro che un'indicazione di legalità dell'ordine si può ricavare dal funzionamento del meccanismo elaborato dall'art. 729 co. 2 d.P.R. n. 90/2010, per il quale, qualora al militare sia impartito un ordine che egli non ritenga conforme alle norme in vigore, «deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto a eseguirlo se l'ordine è confermato»<sup>11</sup>. La conferma del superiore varrebbe a sancire la legittimità dell'ordine.

Tale conclusione esalta l'effetto di stabilizzazione che quel meccanismo indubbiamente produce sull'andamento dell'attività di servizio militare, al fine di favorirne l'efficienza e la prontezza operativa. Come si è osservato<sup>12</sup>, la conferma dell'ordine da parte del superiore riduce le possibilità che il subordinato risponda per aver dato esecuzione all'ordine che pure comporti esiti disfunzionali. Non pare, tuttavia, che il perfezionarsi del meccanismo di conferma possa essere scambiato con l'affermazione presuntiva delle oggettive condizioni di legittimità dell'ordine: non tanto perché si ha a che fare con una disposizione di rango regolamentare, cui si chiederebbe di limitare la capacità di azione della norma (legislativa) incriminatrice; ma, soprattutto, perché la richiamata previsione avverte che – comunque – «il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e informare al più presto i superiori»: ciò che dimostra che la condizione di legittimità dell'ordine è destinata a essere stabilita in forza di parametri relativamente autonomi, pur dinanzi all'eventuale conferma dell'intimazione.

In realtà, tenendo conto degli orientamenti maturati sulle fattispecie di reato che sanzionano l'inosservanza dei provvedimenti amministrativi subordinati a certi crismi di legittimità<sup>13</sup>, il giudice dovrebbe essere autorizzato a sindacare la rispondenza dell'ordine ai suoi presupposti di emanazione – e a disapplicarne l'efficacia in caso di riscontrato scostamento – a prescindere dalla conferma che il superiore dia eventualmente all'intimazione a fronte della richiesta avanzata dall'inferiore. I profili di attinenza dell'ordine al servizio o alla disciplina devono rimettersi a un dato di oggettiva conformità dell'atto ai presupposti formali e sostanziali richiesti dalla normativa che descrive le condizioni di esercizio della prerogativa; esigenza di conformità cui soggiace, evidentemente, lo stesso superiore che emana l'ordine.

Il problema, semmai, è dato dal livello di approfondimento del sindacato che il giudice può esperire sulla corrispondenza dell'ordine ai presupposti *sostanziali* che sostengono l'intimazione. Questo aspetto di potenziale limitazione del sindacato giurisdizionale è emerso, ad es., allorché è stata riconosciuta l'esistenza del reato in seguito all'avvenuta elusione dell'ordine, da parte del militare, di sottoporsi a visita e a trattamento medico obbligatorio in relazione a comportamenti che evidenziavano disturbi psichici distonici rispetto alla soggezione alla disciplina di servizio<sup>14</sup>. In qual caso il giudice si è limitato a verificare che l'ordine inerisse «alle modalità di gestione del personale inquadrato in una organizzazione

<sup>11</sup> Identica previsione correva secondo l'art. 25 d.P.R. 18.7.1986 n. 545, attuativa della l. 11.7.1978 n. 382, contenente norme sulla disciplina militare.

<sup>12</sup> D. Brunelli – G. Mazzi, *Diritto penale militare*<sup>4</sup>, Milano 2007, 82 ss.; P. Rivello, *Manuale del diritto e della procedura penale militare. Ordinamento giudiziario militare*<sup>2</sup>, Torino 2023, 69 s.; ma v. già V. Garino, *op. cit.*, 144, con riferimento alla previgente disciplina statutaria.

<sup>13</sup> Cfr. G. Cocco, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cagliari 1996, 83 ss. (spec. 95) e 281 ss.; M. Gambardella, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *RIDPP* 2013, 784 ss. Sulla riconduzione del delitto dell'art. 173 Cmp a tale modello e sulla conformità costituzionale della fattispecie v. G. Cappitelli, *Una nuova questione in tema di disobbedienza*, in *CP* 2002, 563 ss.

<sup>14</sup> Cass. 13.12.2011 n. 3339 cit.

gerarchica» e non ha prestato rilievo (negando l'acquisizione della pertinente documentazione medica all'interno del procedimento penale) alla circostanza che il Tribunale civile aveva dichiarato la carenza dei presupposti sostanziali per l'imposizione del trattamento sanitario obbligatorio.

Non si può ignorare, del resto, che il richiamo alle esigenze di servizio e all'attinenza alla disciplina, sollecitato dal legislatore per legittimare l'emanazione dell'ordine, implichi l'effettuazione di valutazioni che, per la "fluidità" dei parametri evocati, lasciano in capo all'autorità militare margini di discrezionalità difficili da mettere in discussione in sede di controllo giurisdizionale<sup>15</sup>. Per tale motivo, la Corte costituzionale e la Corte di cassazione si sono premurate di sottolineare (almeno) il fatto che la disciplina cui si riferisce l'ordine non è da intendere come salvaguardia della mera autorevolezza del superiore che ha intimato il comando<sup>16</sup>, ma concerne l'osservanza delle regole di corretto comportamento nei rapporti con il superiore, che siano funzionali a consentire il migliore assolvimento del servizio da parte del sottoposto. Non sarebbero "legittimi", dunque, gli ordini che impongano comportamenti che non hanno riflessi anche solo potenziali sullo svolgimento del servizio<sup>17</sup>. Per questo motivo si è ritenuto<sup>18</sup> che il rifiuto di ottemperare all'ordine impartito non valga a configurare il reato, qualora la contraddizione della parola del superiore sia seguita da un'esecuzione in ogni modo pronta ed esatta dell'ordine, senza che lo svolgimento del servizio militare abbia rischiato di risentirne concretamente<sup>19</sup>. E sempre guardando alle conseguenze che l'inosservanza dell'ordine può riversare sullo svolgimento del servizio, si ritiene plausibile escludere la punibilità del disobbediente, secondo quanto consentito dall'art. 131-*bis* Cp, qualora gli effetti della condotta del reato, pur percepibili, siano stimati come di modestissima portata<sup>20</sup>.

Anche alla stregua di questa prospettiva di rilevazione dei requisiti dell'ordine (che potremmo definire sostanziale o funzionale), peraltro, il sindacato della magistratura militare sulla legittimità dell'intimazione non si profila tanto stringente, da rendere plausibile aspettarsi la disapplicazione dell'atto, finché l'ordine stesso non si palesi manifestamente contrario ai doveri fondamentali cui sia tenuto il militare. Da questo punto di vista, il meccanismo di rafforzamento dell'intimazione, delineato dall'art. 729 d.P.R. n. 90/2010, potrebbe finire con lo svolgere effettivamente un ruolo determinante nel perimetrare il presupposto del dovere di adempimento imposto al militare chiamato a eseguire l'ordine<sup>21</sup>; tanto più nella misura in cui al militare (prima ancora che al giudice) non siano dati riferimenti ulteriori per valutare l'eventuale contrarietà dell'ordine alle norme di servizio e alle regole della disciplina<sup>22</sup>. Ma tale ultimo aspetto conduce la questione verso la disamina di aspetti non più coincidenti con il

<sup>15</sup> Merita sottolineare al proposito che, secondo l'art. 727 co. 2 d.P.R. n. 90/2010, «quando lo impongono imprescindibili esigenze connesse con il servizio il superiore può emanare ordini in deroga alle disposizioni di servizio, dandone tempestiva comunicazione all'autorità che ha emanato le disposizioni derogate». La valutazione delle condizioni di servizio rimesse al superiore, consente, dunque, una deroga alle norme che regolamentano lo svolgimento della funzione.

<sup>16</sup> Per tale prospettiva v. V. Garino, *op. cit.*, 140 ss.

<sup>17</sup> Sui contenuti offensivi minimi del delitto v. P. Rivello, *Sulla natura del reato di disobbedienza militare. Questioni controverse*, in *CP* 2022, 1564 ss.

<sup>18</sup> A. Cadoppi, *La rilevanza penale del «rifiuto» ed il reato di disobbedienza (art. 173 c.p.m.p.)*, in *RIDPP* 1986, 613 ss.

<sup>19</sup> *Contra* App. Verona 20.9.1985, Mastrullo, in *RIDPP* 1986, 613.

<sup>20</sup> F.P. Fasoli, *L'applicabilità dell'art. 131-bis c.p. e di altre norme simili (artt. 49, cpv., c.p., 27 d.p.r. n. 448/1988 e 34 del d.lgs. n. 274/2000) ai reati militari con particolare riguardo ai delitti di disobbedienza, truffa militare, abbandono di posto/violata consegna ed insubordinazione*, in *CP* 2024, 3256.

<sup>21</sup> In tal senso Cass. 2.12.1997 n. 735, in *CP* 1999, 2193.

<sup>22</sup> Cfr. sul punto F. Bellagamba, *Sui limiti della responsabilità penale dell'esecutore di un ordine illegittimo insindacabile*, in *DPP* 2009, 193 ss.

dato di legittimità in sé del provvedimento autoritativo, ma interessanti, piuttosto, i profili soggettivi dell'imputazione del fatto di reato<sup>23</sup>.

3. Stanti i limiti di sindacato nei quali verosimilmente s'imbatte il giudice, la questione dei termini di rilievo penale del comportamento dell'inferiore che manchi di osservare l'ordine impartito dal suo superiore si sposta inevitabilmente su di un piano diverso da quello dei requisiti che qualificano l'intimazione, investendo più facilmente il tema della misurazione dell'atteggiamento soggettivo del subordinato. Si tratta, in particolare, di sondare quali possibilità abbia in concreto il militare di scegliere se dare attuazione o meno all'ordine, al di là del dato oggettivo della legittimità o illegittimità dell'intimazione. Sono con ciò evocati i canoni di esigibilità dell'osservanza della norma penale e di rimproverabilità della sua violazione, sui quali s'impenna il giudizio di colpevolezza per l'imputazione del reato ai sensi dell'art. 27 co. 3 Cost. È da questo punto di vista che, in effetti, ha più senso porsi il problema di un'obbedienza e di una disobbedienza "responsabili" del militare rispetto agli ordini che a lui sono rivolti.

Anche a tale riguardo si ricavano interessanti indicazioni dai citati artt. 1346 e 1347 Com e art. 729 d.P.R. n. 90/2010. In quelle disposizioni, infatti, oltre a esigersi un'esecuzione «pronta, rispettosa e leale» degli ordini attinenti al servizio e alla disciplina, da condursi «nei limiti stabiliti dal codice e dal regolamento, nonché osservando scrupolosamente le specifiche consegne e le disposizioni di servizio», si richiama il militare a dare esecuzione all'intimazione con «senso di responsabilità»; lo stesso militare è tenuto a osservare «con senso di responsabilità e consapevole partecipazione» tutte le norme attinenti alla disciplina e ai rapporti gerarchici. Mi pare che tali ultime locuzioni incarnino appieno il tema e il «senso» del nostro convegno.

Senonché, quelle stesse locuzioni sembrano limitarsi a porre la questione, senza tuttavia indirizzare verso una soluzione univoca. Il "senso di responsabilità" con cui il militare è chiamato a dare attuazione all'ordine – evocando cadenze variabili in relazione alle circostanze del caso – rimanda, infatti, a ulteriori parametri valoriali che rimangono inespressi e sullo sfondo. Secondo una prima accezione, "responsabile" potrebbe apparire l'esecuzione che assicuri ciecamente l'efficienza dell'azione militare in vista degli scopi prefissi con l'intimazione. Ma il richiamo alla "responsabilità" potrebbe anche spingere l'esecutore a prendere in considerazione gli ulteriori interessi attinti dalla traduzione dell'ordine, suggerendo al sottoposto di effettuare un loro bilanciamento ragionevole, pur nella prospettiva di valore coltivata in ambito militare. Quest'ultima parrebbe a tutta prima l'interpretazione da preferire, se si presta rilievo al significato che la locuzione tende ad assumere nel comune sentire sociale; a un'attenta considerazione della situazione di fatto sembra alludere anche la "consapevole partecipazione" con la quale le regole di disciplina e di andamento dei rapporti gerarchici debbono essere osservate dal militare. Non si può tuttavia ignorare che nelle norme sopra citate "senso di responsabilità" e "consapevole partecipazione" si ergono accanto a reiterate sollecitazioni del legislatore a che siano assicurate "prontezza" ed "esattezza" di esecuzione e a che siano osservate "scrupolosamente" le "specifiche" consegne e le disposizioni di servizio. Per apprezzare il contegno del militare chiamato a rapportarsi con l'intimazione del superiore, è allora importante tenere in considerazione l'*humus* culturale di cui si nutre il militare quando chiamato a dare pronta ed esatta attuazione all'ordine. Un rilievo centrale, a questo riguardo, assume l'esperienza formativa seguita dai militari a partire dal loro ingresso nelle Forze Armate. La formazione che i militari ricevono (già nelle Accademie e nelle Scuole militari) non si limita certo a rendere costoro depositari della mera conoscenza delle norme di servizio

<sup>23</sup> D. Brunelli – G. Mazzi, *op. cit.*, 84 ss.

e di disciplina, ma conferisce ai medesimi indicazioni a proposito del significato delle norme nel quadro dell'ordinamento generale e, soprattutto, orienta i militari ad assimilare i meccanismi attuativi che circondano le dinamiche di emanazione e di traduzione degli ordini. Si comprende, dunque, quale importanza tenda ad assumere (anche) ai nostri fini il percorso di formazione cui soggiace il militare lungo tutta la sua carriera; anche perché non si può dimenticare che il militare formato attraverso una certa abitudine all'obbedienza sarà poi chiamato un domani a impartire direttive e a emanare ordini nei confronti dei più giovani sottoposti.

Dal modo in cui sono formati i militari si ricavano gli ulteriori elementi che servono al giudice per misurare la condotta del sottoposto chiamato a dare esecuzione all'ordine. Ciò che non è scritto sulla carta del dispaccio e che non si evince dalle parole spese per formulare l'intimazione, si ricava da indicazioni di contesto che è opportuno tenere presenti per accertare di quali margini disponga il militare per rendersi conto dell'illegittimità e dell'eventuale criminalità dell'ordine e, quindi, perché egli possa decidere di sottrarsi al suo adempimento.

Un ruolo non secondario è da attribuire alla differenza di età e di esperienza corrente fra quella (più elevata) del superiore che emana l'ordine e quella del militare cui lo stesso sia intimato; ma anche il tono perentorio e deciso con cui il comando sia espresso può rivelarsi un fattore di convincimento circa la vincolatività dell'ordine: si tenga conto del fatto che, secondo l'art. 727 d.P.R. n. 90/2010, «gli ordini, emanati in conformità e nei casi previsti dal codice, devono essere formulati con chiarezza in modo da evitare dubbi o esitazione in chi li riceve»; una ben precisa direttiva di disciplina, quindi, impone al superiore di usare modi e linguaggi (anche del corpo) funzionali a superare le ordinarie resistenze del sottoposto per indurlo all'esecuzione.

Tali aspetti rimandano a considerazioni di stampo antropologico e psicologico, pur da coordinare con le regole di esperienza correnti nell'ambiente militare e acquisite, appunto, attraverso i meccanismi di formazione. Non meno significativa è, però, la prassi seguita nel singolo reparto militare circa l'attendibilità degli ordini provenienti dai comandi superiori: anche a seconda del tipo di reparto e (dell'importanza) delle mansioni svolte dal militare, pesa la connotazione vincolante abitualmente attribuita agli ordini emanati dal superiore. Né si può trascurare di considerare se esista una “cultura” dei subordinati a sottoporre a verifica e una cultura dei superiori a tollerare che siano ricondotte a ulteriore ponderazione le intimazioni da questi impartite all'inferiore. Soprattutto tale ultimo aspetto, ma anche quello relativo alle prassi che si formino all'interno degli ambienti militari e, in misura minore, il peso attribuito ai profili di contesto richiamati per primi, dipendono dai contenuti trasmessi ai militari con gli strumenti di educazione professionale e disciplinare utilizzati per formare i militari: lo stesso meccanismo dell'art. 729 d.P.R. n. 90/2010 potrà funzionare diversamente a seconda del perimetro culturale che lo accompagna.

Al rilievo ordinariamente assunto dal contesto circostante si deve, del resto, la precauzione tipica dell'ordinamento della magistratura militare, per la quale il giudizio concernente la commissione dei reati militari è affidato ai Tribunali (militari) formati in collegi composti anche da personale non togato estratto a sorte fra i militari di servizio aventi un grado di ufficiale non inferiore a quello del militare imputato nel procedimento (art. 54 Com)<sup>24</sup>: al giudizio penale sono dunque chiamati militari qualificati per la loro posizione ed esperienza nell'organizzazione militare<sup>25</sup> e che sono ritenuti, perciò, in condizione di rappresentare il

<sup>24</sup> Per le ragioni e le modalità di composizione dei collegi degli organi giudicanti militari sia consentito rinviare a D. Notaro, *Lineamenti di diritto penale militare italiano*<sup>2</sup>, Torino 2024, 11 s.

<sup>25</sup> In tal senso C. cost. 16.2.1989 n. 49, in *GP* 1990, I, 25.

contesto situazionale<sup>26</sup> in cui è maturato il fatto di reato<sup>27</sup>. Va nondimeno precisato che, se tale precauzione sorregge l'imputazione dei reati militari (qual è quello di disobbedienza), la stessa non interviene se il militare si renda autore suo malgrado di un reato comune commesso in esecuzione di un ordine cui sia stato costretto a dare corso in attuazione di un ordine (illegittimo) a contenuto criminoso. La valutazione di contesto si profila dunque favorita quando sia da giudicare la condotta del militare che manchi di obbedire a un ordine che pur si riveli legittimamente impartito, mentre appare più aleatoria nel caso in cui al militare si obietti di avere commesso un reato in esecuzione di un ordine effettivamente illegittimo. La possibilità di evocare per tale ultima eventualità i rimedi previsti dall'art. 51, co. 3 e 4 Cp per l'errore in cui versi il militare che abbia falsamente reputato l'ordine come legittimo o per il caso in cui l'ordine sia da considerarsi da lui insindacabile, è infatti rimessa a valutazioni affidate al solo magistrato ordinario: su di lui soltanto (senza l'apporto conoscitivo recato dal giudice militare di carriera) grava il compito di misurare il contegno rimproverabile del militare imputato nei diversi frangenti in cui questi, non riuscendo a opporre una disobbedienza ferma e "responsabile" all'ordine del superiore, si risolva a eseguire il comando della cui legittimità abbia eventualmente dubitato.

4. Segnalata l'importanza dei processi di formazione culturale dei militari per il più efficace e responsabile espletamento dei compiti di servizio gravanti sugli appartenenti alle FF.AA. debbono essere evidenziati, e chiariti nella loro portata, gli scenari che si profilano per il destinatario del comando.

Da un lato, si deve considerare l'eventualità che il militare dia corso all'esecuzione di un ordine che induca alla commissione di un illecito e, in particolare, di un illecito penale. Se l'ordine è legittimo, nessuna responsabilità giuridica sarà attribuibile all'esecutore, configurandosi le condizioni per l'operatività della scriminante dell'adempimento del dovere, prevista dall'art. 51 Cp, anche a beneficio del militare che pur commetta reati (comuni o militari)<sup>28</sup>. Se invece l'ordine è illegittimo, ferma la responsabilità di chi ha impartito l'ordine, la possibilità di imputare all'esecutore l'illecito eventualmente commesso dipende anche dal contenuto dell'ordine stesso e dal contesto che circonda l'attivazione del meccanismo gerarchico.

Per l'eventualità che l'ordine induca alla commissione di un illecito amministrativo (o comunque extra-penale), va ricordato che l'art. 4, l. n. 689/1981 dispone che del fatto commesso risponde colui che ha impartito l'ordine, pur senza specificare le condizioni (residuali) per le quali possa essere chiamato in causa anche l'esecutore. L'attivazione del meccanismo previsto dall'art. 729 d.P.R. n. 90/2010, d'altronde, riduce le possibilità che all'esecutore possa essere contestato di avere concorso a commettere l'illecito, posto che si potrà assumere che questi, con la conferma dell'ordine, sia stato indotto dal superiore ad agire nella convinzione di operare legittimamente; sicuramente non potrà configurarsi una responsabilità disciplinare dell'esecutore, atteso il dovere di obbedienza all'ordine confermato

<sup>26</sup> Quanto a, conseguimento di un tale risultato manifestano perplessità M. De Paolis, *Qualche osservazione sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49/1989 in tema di giustizia penale militare*, in *CP* 1989, 1381 ss.; P. Rivello, *Spunti per un'analisi: i componenti «non togati» dei tribunali militari*, in *RGM* 1991, 9 ss.; Id., *Il «passato» ed il «presente» del diritto penale militare*, in *Il diritto penale militare tra passato e futuro. Tradizione, profili politico-criminali e prospettive di riforma dei codici penali militari*, a cura di A. Gargani, Torino 2009, 51 s.

<sup>27</sup> Per alcuni presunti vizi "congeniti" a suo tempo ravvisati nel coinvolgimento dei soli militari qualificati dal grado di ufficiale, v. G. Pagliarulo, *I tribunali militari nella legge 7 maggio 1981 n. 180: osservazioni critiche*, in *RGM*, 1981, 470; R. Messina, *Elementi di diritto e procedura penale militare*, in *QuadRGM*, suppl., 1985, 165, cit. da P. Rivello, *Il «passato»*, cit., 53.

<sup>28</sup> Sulle condizioni di operatività della causa di giustificazione in ambito militare, in particolare dopo l'abrogazione dell'art. 40 Cmp, v. D. Notaro, *op. cit.*, 63 s.

dal superiore, imposto dallo stesso art. 729 d.P.R. n. 90/2010<sup>29</sup>. L'ottemperanza all'ordine, infine, sarà favorita dalla considerazione delle (modeste) conseguenze implicate dalla commissione di eventuali illeciti amministrativi, a fronte del più grave rischio penale cui il militare si espone ai sensi dell'art. 173 Cmpm per l'alternativa disobbedienza<sup>30</sup>.

Se invece l'ordine illegittimo induce alla commissione di un fatto di reato, ferma la responsabilità del superiore che ha impartito il comando, l'inferiore risponde dell'esecuzione, salvi i casi in cui questi abbia erroneamente ritenuto che l'ordine fosse munito dei requisiti di legittimità e i casi in cui egli non potesse sindacare le condizioni della sua emanazione. Per verificare se ricorra l'una o l'altra di queste due situazioni, si dovranno vagliare la posizione e l'atteggiamento del sottoposto in relazione alle circostanze di contesto nelle quali costui ha operato. E, sempre che non si abbia a che fare con un ordine manifestamente criminoso nei contenuti o manifestamente rivolto contro le Istituzioni della Repubblica, per cui non si profila margine per riconoscere rilievo esimente alla posizione personale del reo<sup>31</sup>, normalmente potranno rivestire significato le condizioni di preparazione, di competenza e di esperienza del sottoposto, le prassi operative seguite nel reparto, la congiuntura emotiva determinatasi nel frangente considerato e il tempo lasciato a disposizione dell'esecutore per ottemperare all'intimazione, in rapporto al tenore impegnativo del comando impartito: tutto ciò, al fine di valutare se, anche a seconda di come si sia comportato il sottoposto, questi abbia avuto la possibilità di rendersi conto delle condizioni di illegittimità dell'ordine, sia incorso in errore circa la fondatezza del comando rivoltogli e se si sia profilata per lui un'alternativa plausibile all'esecuzione. Tutti i profili evocati risentono della formazione e della preparazione trasmessa al militare circa il modo di relazionarsi agli ordini cui soggiacere.

Non può d'altronde trascurarsi la circostanza che la misurazione dell'atteggiamento soggettivo (rimproverabile) del militare che esegue un ordine a contenuto criminoso, può essere influenzata dalla scarsa consapevolezza che questi abbia, non già del carattere di illegittimità dell'ordine, bensì del tipo di fatto concreto alla cui realizzazione egli è chiamato. Potrebbe darsi il caso che il militare non si renda conto di realizzare un fatto corrispondente al tipo di reato integrato e che, perciò, incorrendo in un errore sul fatto che esclude il dolo dell'illecito commesso, sia meno facilmente trattenuto dall'eseguire l'ordine, pur da lui eventualmente sindacabile. Anche tale aspetto, peraltro, trova un limite nella circostanza che l'ordine appaia, invece, *manifestamente* criminoso. Che poi si abbia a che fare con la realizzazione colposa di un reato, quale esito della maldestra esecuzione dell'ordine o della trascurata rappresentazione delle circostanze di fatto, è eventualità che si pone ai limiti del funzionamento della causa di giustificazione<sup>32</sup>: la realizzazione colposa del reato è ritenuta esulare dalla copertura dell'art. 51 Cp, quando il risultato presuppone *modalità* di realizzazione discrezionali e la violazione di regole cautelari elastiche, la cui elusione implica la rottura della linea di comando vincolante che pretenderebbe una traduzione pronta ed "esatta" dell'ordine da parte del sottoposto<sup>33</sup>.

Dall'altro lato, deve essere considerata l'eventualità che il militare cui sia intimato di eseguire un ordine, si opponga alla sua traduzione, rifiutandone od omettendone l'esecuzione (o anche

<sup>29</sup> A. Garino, *op. cit.*, 145.

<sup>30</sup> F.P. Fasoli, *L'ordine militare, dovere di obbedienza, discrezionalità e sindacabilità. Intervento al convegno*, in *RGM* 2018, 1 ss.

<sup>31</sup> G. Rosin, *Il militare fra dovere di obbedienza e dovere di disobbedienza. L'esecuzione dell'ordine criminoso*, in *RGM* 1982, 203 s.

<sup>32</sup> Cfr. Cass. 20.5.2011 n. 20123, in *CP* 2011, 3742, con nota di E. Mengoni, *Colpa generica e colpa specifica: la Corte di cassazione fissa le condizioni per l'applicabilità dell'esimente dell'adempimento del dovere*.

<sup>33</sup> T. Travaglia Ciciriello, *Dovere e ordine scriminante. Contenuto e limiti dell'art. 51 c.p.*, Torino 2020, 92 s., secondo cui l'operatività della scriminante è impedita, quando al sottoposto sia lasciato un significativo margine di discrezionalità operativa, implicante la possibilità di adeguarsi al rispetto di cautele che avrebbero impedito la verifica del fatto.

ritardandola in ragione di un'iniziale e motivata titubanza). Nessuna responsabilità si profila in tale eventualità, se si riconosce che, effettivamente, l'ordine del superiore sia privo di legittimazione, perché l'intimazione non attenga al servizio o alla disciplina: manca in tal caso un elemento essenziale del fatto tipico<sup>34</sup>. Ma la responsabilità dell'inferiore può mancare anche quando la disobbedienza segua un ordine legittimo, allorché il militare abbia un plausibile motivo di ritenere che l'intimazione non concerna questioni di servizio o di disciplina e si accerti, quindi, che il soggetto agente non si sia prefigurato nella sua mente la condizione di vincolatività del comando<sup>35</sup>. L'eventualità che il militare dia corso a una disobbedienza "responsabile", in quanto assistita dal dato di oggettiva illegittimità dell'ordine o perché la condotta inosservante sia basata sulla ragionevole supposizione del carattere indebito dell'intimazione, presuppone, tuttavia, la capacità del militare di sindacare in concreto i crismi di legittimità dell'ordine stesso e di confidare che la sua valutazione trovi conferma nel responso del magistrato militare cui sia rimesso di giudicare la disobbedienza all'intimazione del superiore. Diversamente, sarà ben difficile assistere a gesti d'inottemperanza che trovino conforto giuridico.

Ecco che soprattutto in tali frangenti si misura la valenza delle competenze acquisite dal militare sotto gli aspetti della conoscenza della disciplina e dell'esperienza maturate nella traduzione delle regole. Tanto più difficile appare attendersi la capacità del militare di reagire all'intimazione tendenziosa – specialmente dopo che si abbia la conferma dell'ordine da parte del superiore ai sensi dell'art. 729 d.P.R. n. 90/2010 – quanto meno sia coltivata la formazione del militare a ponderare, almeno in termini generali, compatibili con le esigenze di prontezza di risposta, le condizioni di emanazione dell'ordine: a quel metro si rimette il tratto di (concreta) "insindacabilità" dell'ordine, cui si riferisce l'art. 51 Cp nel prospettare un limite di responsabilità dell'esecutore dell'ordine e che è fatto dipendere dalla posizione gerarchica sufficientemente elevata del sottoposto, dai contenuti non troppo discrezionali (apicali) dell'ordine, dal contesto non straordinario della sua emanazione, dal ridotto *spatium deliberandi* concesso nelle circostanze di fatto; a quello stesso metro si rimettono le *chances* di attendersi gesti di disobbedienza responsabile da parte del sottoposto e per cui sia da escludere comunque l'integrazione del reato di cui all'art. 173 Cmpmp.

In definitiva, pesa la difficoltà del militare stesso di "scommettere" circa la possibilità che l'eventuale illegittimità dell'ordine sia prima riconosciuta dalle autorità militari preposte a decidere se sporgere denuncia, e poi confermata dal giudice militare chiamato a stabilire se sussista l'integrazione del reato. A tal ultimo riguardo rileva quanto evidenziato (*retro* § 2) a proposito della riscontrata difficoltà (o della ritrosia) del magistrato nel constatare l'estraneità dell'ordine al piano del servizio o della disciplina militare. Ancor meno è pensabile che il militare sottoposto sia nella condizione di conoscere e interpretare la giurisprudenza militare in tema di obbedienza e disobbedienza all'ordine, al punto da fidarsi della sua valutazione al cospetto di quella spettante ai superiori e a fronte degli indirizzi cauti dei magistrati militari nel disapplicare l'atto affetto da potenziali vizi di illegittimità.

5. Delle predette difficoltà di valutazione cui è soggetto il militare in ragione del contesto in cui questi è impegnato nell'attività di servizio, sembra tenere conto in qualche modo l'ordinamento, seppure in termini meramente astratti e in ambiti limitati.

L'art. 48 n. 2 Cmpmp prevede una circostanza attenuante comune dei reati militari commessi dalla c.d. recluta. Con quella disposizione è diminuita fino a un terzo la pena dei reati

<sup>34</sup> D. Notaro, *op. cit.*, 277.

<sup>35</sup> A. Garino, *op. cit.*, 149; L. Gatto, *Disobbedienza: il rifiuto, ragionevolmente motivato, di eseguire l'ordine è coerente con l'oggettività della tutela?*, in RGM 1994, 247 s.



“esclusivamente militari” (art. 37 co. 2 Cmpm) commessi da colui «che non abbia ancora compiuto trenta giorni di servizio alle armi». Intento di questa previsione è riconoscere in via presuntiva la minore propensione del giovane militare a osservare doveri di servizio, la cui violazione è spesso causa o motivo della commissione dei reati militari. La norma non si sovrappone (derogandovi) alla regola generale sancita dall’art. 5 Cp (dopo l’intervento correttivo della Corte costituzionale)<sup>36</sup> in tema di inescusabilità “relativa” dell’ignoranza della legge penale, né a quella – speciale – posta dall’art. 39 Cmpm che stabilisce il medesimo principio con riferimento all’ignoranza dei doveri inerenti allo stato militare<sup>37</sup>: tanto l’una quanto l’altra previsione possono infatti operare – con più ampi effetti esimenti – a beneficio della recluta che adduca di essersi trovata nella condizione personale di non poter conoscere esistenza, formulazione e significato della norma incriminatrice o dei doveri di servizio o di disciplina alla cui osservanza sia chiamato<sup>38</sup>. La disposizione attenuante riguarda, piuttosto, i casi nei quali, pur essendo il militare edotto o in condizione di conoscere le previsioni normative, stia ancora attraversando un fisiologico processo di formazione e di addestramento allo scorrere concreto della vita militare che, con i suoi ritmi e con le sue prassi, scandisce l’operatività delle disposizioni di servizio o di disciplina. Tant’è che la diminuzione di pena è subordinata al solo riscontro della circostanza che non siano trascorsi più di trenta giorni di servizio effettivo dall’assunzione, senza che assuma rilievo la condizione personale di scarsa propensione alla conoscenza dei doveri da parte del militare nel frangente della commissione del reato: la diminuzione di pena segue in ragione della valutazione presuntiva compiuta dal legislatore.

L’indicata *ratio* dell’attenuante, del resto, ben si acconcia alla commissione dei reati “esclusivamente” militari: ossia di quelli che – qualificando fatti che assumono un rilievo penale solo in ambito militare, perché non prevedono un corrispondente tipo di reato (più generale) in ambito comune<sup>39</sup> – denotano un disvalore evincibile unicamente nel contesto militare e solo in esso percepibile. Per tutti i militari tale percezione dipende, appunto, dalla possibilità di essere efficacemente addestrati all’osservanza delle regole di comportamento correnti in quel contesto. E – per inciso – fra i reati esclusivamente militari è stato talora ricondotto quello di disobbedienza<sup>40</sup>, per il quale potrebbe dunque operare l’attenuante in questione.

A prescindere dall’esattezza della qualificazione del delitto di disobbedienza (peraltro condizionata dalle opinioni seguite in ordine all’estensione della categoria dei reati esclusivamente militari, a sua volta legata ai criteri adottati per risolvere il concorso di

<sup>36</sup> C. cost. 23.3.1988 n. 364, in *GCos* 1988, 1504.

<sup>37</sup> Per la più evoluta interpretazione di questa disposizione cfr. C. cost. 20.2.1995 n. 61, in *CP* 1995, 1754 con note di M. D’Orazi, *La parziale incostituzionalità dell’articolo 39 c.p.m.p.; problemi risolti e problemi residui*, e P. Rivello, *Ignoranza inevitabile dei doveri inerenti allo stato militare*; in *DPP* 1995, 1305 con nota di P. Pittaro, *L’ignoranza dei doveri militari: scusabile se inevitabile*; in *F*, 1995, I, 2054 con nota di Brunelli, *L’ignoranza inevitabile dei doveri militari dopo la manipolazione dell’art. 39 c.p.mil. pace: nuovi spazi per l’imputazione dolosa della culpa iuris?*; e in *GCos* 1995, 513 con nota di M. Petrone, *L’efficacia scusante dell’ignoranza dei doveri militari*.

<sup>38</sup> Si pensi al caso di chi, durante i primi trenta giorni di servizio, non abbia potuto contare effettivamente su alcun addestramento o, per l’attività effettivamente svolta, non sia stato messo nella condizione di conoscere i precetti che lo riguardano. Sui rapporti fra le due discipline sia consentito rinviare a D. Notaro, *op. cit.*, 95.

<sup>39</sup> R. Messina, *Il reato esclusivamente militare*, in *RGM* 1979, 198 ss.; S. Malizia, voce *Reato militare*, in *ED*, XXXVIII, 1987, 891; S. Marotta S., *Funzione e limiti dell’art. 37 c.p.m.p.*, in *RGM* 1988, 519 ss.; M. Nicolosi, voce *Reato militare*, in *DigDPen.*, XI, 1996, 297.

<sup>40</sup> Cfr. T. sup. mil. 8.3.1966, Della Salvia, in *GP* 1967, II, 710, cit. da V. Veutro, in G. Landi-V. Veutro-P. Stellacci-P. Verri, *Manuale di diritto e procedura penale*, Milano 1976, 414 e da A. Garino, *op. cit.*, 149, il quale si oppone, tuttavia, a quella qualificazione.

norme)<sup>41</sup>, non sembra che possa essere trascurata l'esigenza di considerare *in ogni caso* il peso e l'importanza della formazione ricevuta dal militare che sia chiamato ad assolvere incarichi imposti dai superiori; tanto più che il problema tende a porsi in termini non meno rilevanti in relazione all'*avvenuta esecuzione* di ordini che conducano alla commissione di reati tanto militari quanto comuni: per questi la condizione di ridotta capacità del militare di regolarsi su come agire dinanzi all'intimazione del superiore potrà emergere solo in concreto all'esito dell'esame della singola vicenda. Anche nei confronti del sottoposto che dia corso a un ordine illegittimo, il giudice dovrebbe considerare quale livello (e che tipo) di addestramento abbia ricevuto l'inferiore, così da riscontrare di volta in volta se il militare abbia gli strumenti per mettere in discussione il presupposto dell'ordine o se debba invece ripiegarsi sulla configurabilità delle esimenti dell'art. 51 co. 3-4 Cp. Ammettendo la ricorrenza di processi formativi che restituiscano ai militari una certa capacità critica, più difficilmente potrà essere esclusa una loro compartecipazione alla commissione di reati per effetto dell'esecuzione di ordini privi di legittimità e più facilmente potrà darsi l'alternativa di una loro disobbedienza consapevole per cui l'inosservanza dell'ordine effettivamente legittimo sarà invece imputabile senza che residui l'argomento della supposizione del carattere indebito dell'ordine eluso.

Tale passaggio presuppone, però, un'evoluzione culturale circa il modo d'intendere senso e scopi della formazione dei militari, anche in vista di una rinnovata percezione della funzione di servizio da espletarsi nel contesto di un'organizzazione delle Forze Armate improntata a un principio di gerarchia. Bisognerebbe mettere in conto un minor tasso di immediatezza e di speditezza nell'esecuzione dei comandi. Ma se un tal esito potrebbe magari darsi quando meno rilevanti, da un punto di vista apicale, appaiano gli interessi militari implicati dagli incarichi da svolgere, è più difficile che altrettanta soluzione corra per le situazioni più problematiche (di missioni operative di alto profilo richiedenti l'uso della forza nei confronti di terzi) per le quali si avverte maggiormente il problema di un'esecuzione "responsabile" degli ordini superiori.

Per quanto la prospettiva di una generalizzata attuazione di questa direttrice – che comunque appare più facilmente traducibile quando siano coinvolti livelli sottoposti vicini a quelli apicali da cui promanano gli ordini – sembri al momento lontana<sup>42</sup>, è da ricordare che al conseguimento di un'aspettativa di maggiore responsabilizzazione del militare nell'esercizio delle sue funzioni si è pervenuti negli ultimi decenni con riferimento ad altra causa di giustificazione suscettibile di operare a beneficio dei militari. Mi riferisco alle condizioni di riconoscimento della prerogativa difensiva esercitabile da parte del militare aggredito ai sensi degli artt. 52 Cp e 42 Cmpmp.

È noto che, per beneficiare della giustificazione, la reazione deve risultare "costretta"<sup>43</sup>; ed è altresì noto che l'esistenza di tale requisito s'incrocia con l'alternativa possibilità di fuga che si dia eventualmente al soggetto aggredito e che rappresenta una soluzione preferibile finché la stessa non esponga l'aggredito (né gli interessi di cui è portatore o terzi) a esiti di gravità anche solo paragonabile a quello che egli procurerebbe all'aggressore difendendosi<sup>44</sup>. Per lungo tempo si è opinato che il militare non potrebbe considerare la fuga come un'alternativa

<sup>41</sup> Per la problematicità della nozione v. ancora P. Rivello, *Un tentativo di approfondimento in ordine alla nozione di reato esclusivamente militare*, in *RGM* 1994, 2.

<sup>42</sup> Vale, però, ricordare che la possibilità di chiamare il sottoposto a rispondere della consapevole esecuzione di ordini illegittimi (e criminosi) era messa in conto già quando – prima del 1978 – correva l'art. 40 Cmpmp, il quale sembrava concedere (più) facilmente il beneficio della giustificazione al militare subordinato: v. G. Rosin, *op. cit.*, 225; V. Garino, *op. cit.*, 142.

<sup>43</sup> T. Padovani, voce *Difesa legittima*, in *DigDPen.*, III, 1989, 510.

<sup>44</sup> Cfr. C.F. Grosso, voce *Legittima difesa (diritto penale)*, in *ED*, XXIV, 1977, 32, che pure dà conto di orientamenti variabili nella dottrina risalente. Per orientamenti più restrittivi in ordine all'alternativa possibilità di fuga, seguiti in passato anche per la scriminante comune, v. altresì F. Bagnati, *Spunti di ricerca su fuga e legittima difesa*, in *AP* 1992, 390.

percorribile, poiché la stessa era ritenuta contrastare con il senso di onore cui è tenuto il militare stesso, tanto da arrecare un pregiudizio significativo alla disciplina da osservarsi all'interno delle Forze Armate<sup>45</sup>. Più di recente, si è invece riconosciuto<sup>46</sup> che la fuga dinanzi all'aggressore non comporterebbe in ogni caso la menomazione dei valori cui sono tenuti i militari (finché essa non implichi il sacrificio di interessi del servizio o dell'organizzazione delle Forze Armate). Al militare moderno, infatti, si richiede di esercitare la forza – anche per rispondere ad aggressioni ingiuste – con senso di responsabilità e con equilibrio occorrenti per gestire le situazioni nelle quali si trovino a coesistere interessi contrastanti: in definitiva, come si può notare, al coinvolgimento di un “senso di responsabilità” ci si appella anche in quei frangenti, per definire il contegno del militare e per misurare l'impegno cui egli è chiamato nell'assolvere i propri doveri di servizio. Non è quindi da escludere che analoghe evoluzioni “culturali” in ordine al modo di intendere la funzione di servizio del militare si possano registrare (pur senza che siano formalmente modificate le norme di servizio e le regole di disciplina) per temperare alcuni limitati aspetti del vincolo che impone ai sottoposti di dare esecuzione pronta ed esatta, ma pur sempre con «senso di responsabilità», agli ordini loro impartiti dai superiori.

---

<sup>45</sup> I. De Sanctis, *La fuga e il “commodus discessus”*: sulla legittima difesa nel diritto penale militare, in *RP* 1973, 621 ss.

<sup>46</sup> Cfr. P. Rivello, *Manuale*, cit., 78.

## RIFORMA E CONTRORIFORMA DEI REATI SESSUALI IN SPAGNA: UN DIBATTITO ANCORA APERTO

di Laura De Stradis (*Dottoranda di ricerca in diritto penale, Università del Salento*)

Il contributo si propone di analizzare in chiave critica e in prospettiva comparata le principali innovazioni apportate dalla *Ley Orgánica* 6.9.2022 n. 10 “*de Garantía integral de la libertad sexual*”, conosciuta come la *Ley del solo sí es sí*, che ha rivoluzionato la disciplina dei reati contro la libertà sessuale in Spagna. Alla nuova configurazione tipica del delitto di violenza sessuale, all'interno del quale sono confluite le fattispecie, originariamente distinte, di *agresión sexual* e di *abuso sexual*, si accompagna una rinnovata attenzione per il ruolo del consenso della vittima, del quale viene fornita una discussa definizione al comma 1 dell'articolo 178 del *Código Penal*. Le modifiche (in parte) *in melius* del quadro sanzionatorio hanno portato alla revisione di innumerevoli sentenze di condanna, con conseguenti ribassi di pena e scarcerazioni, innescando malumori e polemiche che hanno preparato il terreno per una controriforma dal sapore simbolico e giustizialista.

The paper aims to analyze in a critical and comparative perspective the main innovations brought about by the *Ley Orgánica* 6.9.2022 n. 10 “*de Garantía integral de la libertad sexual*”, also known as the *Ley del solo sí es sí*, which revolutionized the regulation of crimes against sexual freedom in Spain. The new typical configuration of the crime of sexual violence, within which the originally separate cases of *agresión sexual* and *abuso sexual* have been merged, is accompanied by a renewed focus on the role of the victim's consent, of which a controversial definition is provided in Paragraph 1 of Article 178 of the *Código Penal*. The (partly) *in melius* changes in the penalty framework have led to the revision of countless convictions, resulting in sentence reductions and releases, triggering ill-feeling and polemic reactions that set the stage for a symbolic and justicialist counter-reform.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La tutela penale della libertà sessuale nell'ordinamento spagnolo *ante* riforma. – 2.1. I punti di contatto tra i delitti di *agresión* e di *abuso sexual*. – 2.2. I punti di cesura tra i delitti di *agresión* e di *abuso sexual*. La sottile linea di confine tra *intimidación* e *prevalimiento*. – 3. Alle origini della *Ley del solo sí es sí*. Il caso de “*La Manada*”. – 4. La riforma dei delitti sessuali operata dalla *Ley Orgánica* 10/2022. – 4.1. L'unificazione dei delitti di *agresión* e di *abuso sexual*. – 4.2. Il problema del consenso. – 5. Le conseguenze “*indesiderate*” della riforma. Retroattività della legge penale più favorevole e revisione delle sentenze di condanna. – 6. La controriforma dei reati sessuali: un ritorno al passato?

1. Con l'approvazione della *Ley Orgánica* 6.9.2022 n. 10 “*de Garantía integral de la libertad sexual*”<sup>1</sup>, entrata in vigore il 7.10.2022, è stato portato a compimento il tormentato<sup>2</sup> processo

<sup>1</sup> Pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado* n. 215 del 7.9.2022. Il testo della legge è liberamente consultabile al link <https://www.boe.es/eli/es/lo/2022/09/06/10/con>.

<sup>2</sup> V. M. Acale Sánchez, *La nueva protección de la libertad sexual en España tras la reforma operada por la ley orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual*, in [www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu) 26.10.2022, 2, che descrive l'iter legislativo come «*una tramitación que ha sido prolongada, tensa y complicada y que ha servido para poner de manifiesto las preferencias estéticas, éticas y jurídicas de una clase política fragmentada y posicionada en bandos irreconciliables*». In effetti, inizialmente, lo studio circa la possibilità di una riforma fu demandato alla *Comisión General de Codificación, Sección Cuarta, de Derecho penal*, il cui mandato fu prorogato dapprima il 15.6.2018 e in una seconda occasione il 15.11.2018. Abbandonata la via della *Comisión General de*

di riforma della disciplina dei reati sessuali in Spagna. Tale novella sembra porsi sulla scia della tendenza, riscontrata in tema di reati sessuali già in diversi ordinamenti<sup>3</sup>, verso l'abbandono del tradizionale modello coercitivo basato sulla tipizzazione delle modalità violente o minacciose di aggressione alla sfera sessuale altrui, in favore dell'adesione a un paradigma repressivo integralmente incentrato sulla rilevanza del consenso della vittima<sup>4</sup>. Obiettivo dichiarato del legislatore spagnolo era assicurare una più incisiva protezione delle vittime di violenza sessuale e una più marcata valorizzazione, in una prospettiva di genere, della libertà di autodeterminazione in ambito sessuale.

Tale finalità viene attuata attraverso l'equiparazione legale di tutte le possibili forme di attentato alla libertà sessuale altrui<sup>5</sup>, realizzata tramite l'eliminazione della tradizionale distinzione tra i delitti di *agresión* e di *abuso sexual*, fondata sulla sussistenza o meno del carattere violento o intimidatorio della condotta. Tutte le tipologie di aggressione sessuale vengono, infatti, ricondotte nell'alveo di un'unica fattispecie incriminatrice, il cui disvalore tipico viene interamente radicato sulla *falta de consentimiento* del soggetto passivo, salva l'applicazione di eventuali circostanze aggravanti che tengano conto della peculiarità delle modalità commissive. Chiaro, in ogni caso, il messaggio culturale veicolato dalla riforma: un atto sessuale compiuto su persona non consenziente è una violenza sessuale, a prescindere dal ricorso alla violenza, alla minaccia, o all'induzione<sup>6</sup>.

La spinta per un'innovazione tanto radicale del sistema normativo che fin dall'entrata in vigore del codice penale del 1995 ha caratterizzato il diritto penale sessuale in Spagna è venuta dall'ondata di proteste e di indignazione popolare suscitata dal noto caso de "La Manada"<sup>7</sup>, relativo a un'aggressione sessuale di gruppo ai danni di una ragazza di diciotto anni avvenuta nel luglio 2016 a Pamplona durante i festeggiamenti dei *Sanfermines*. In particolare, le sentenze

---

*Codificación*, il 3.3.2020 venne presentato nel *Consejo de Ministros* un *Anteproyecto de Ley orgánica*, poi modificato in ottobre, che fu accompagnato da numerose osservazioni critiche sia da parte della dottrina che da parte del *Consejo Fiscal*, del *Consejo General del Poder Judicial* e del *Consejo de Estado*. La versione definitiva del *Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* fu quindi approvata dal *Consejo de Ministros* il 6.7.2021 e pubblicata nel *Boletín Oficial de las Cortes Generales* il 26.7.2021. La stessa approvazione della *Ley* non fu accompagnata da un diffuso consenso: cfr. M. Acale Sánchez, *Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma*, in *IgualdadES* 2021, 5, 469 s., disponibile su <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.5.06>; S. Valmaña Ochaíta, *La libertad sexual en la encrucijada: del eslogan al Derecho penal*, in *La Ley Penal* 2022, 159, 2; M. González Chinchilla, *La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre: el «nuevo» consentimiento sexual, desde la perspectiva de la eficacia probatoria en el proceso penal*, in *Diario La Ley* 2022, 10154, 1 ss.

<sup>3</sup> Si pensi, in particolare, alle recenti riforme adottate in Germania nel 2016 e in Svezia nel 2018. Sul tema, v. M. L. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira* 2020, v. 25, n. 10, 280 ss.; nonché S. Vitelli, *Equivoci ricorrenti in tema di violenza sessuale fra ragioni "oggettive" della vittima e quelle "soggettive" del suo autore materiale: la lesione sessuale "colposa" come possibile soluzione normativa di equilibrio con positiva valenza culturale*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2022, 12, 9 s.

<sup>4</sup> Per un'ampia ricostruzione della tematica, anche sotto il profilo storico e comparatistico, si veda il recente lavoro monografico di G. M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna 2023. Favorevole in Italia, in prospettiva *de lege ferenda*, a una riformulazione del delitto di violenza sessuale che valorizzi il ruolo del consenso della vittima, G. De Simone, *La protección penal de la libertad sexual en el ordenamiento jurídico italiano*, in *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual: aplicación práctica, estudio de derecho comparado y propuestas de reforma*, a cura di E. B. Marín de Espinosa Ceballos, P. Esquinas Valverde (dir.) e M. Á. Morales Hernández (coord.), Pamplona 2022, 220 ss.

<sup>5</sup> In questi termini, M. Acale Sánchez, *Delitos sexuales: razones y sinrazones*, cit., 478, che ricorda come tale equiparazione, in virtù dell'applicazione di eventuali circostanze nonché della disciplina del concorso di reati, non comporta un'automatica equiparazione della pena nel caso concreto.

<sup>6</sup> Cfr. A. N. Pinna, *La riforma della violenza sessuale in Spagna: la centralità del consenso - Osservatorio sulla violenza contro le donne n.1/2023*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 20.2.2023.

<sup>7</sup> Su cui v. più diffusamente, par. 3.

di primo e di secondo grado, nel condannare gli imputati per il meno grave delitto di *abuso sexual* (anziché per *violación sexual* aggravata<sup>8</sup>), hanno ingenerato un intenso clamore mediatico, che ha portato il Governo spagnolo a riconoscere la necessità di avviare una riforma dei reati sessuali.

Tuttavia, il tratto polemico nel solco del quale ha avuto origine la nuova *Ley* non si è arrestato neanche dopo la sua adozione. Le notizie relative alle numerose revisioni di sentenze di condanna, culminate in diminuzioni di pena e scarcerazioni, hanno incendiato il dibattito pubblico e provocato spaccature politiche, dando il la per la controriforma della *Ley del solo sí es sí*, approvata con la *Ley Orgánica* 27.4.2023 n. 4<sup>9</sup>, da molti in dottrina considerata come un ritorno al “Código Penal de la Manada”<sup>10</sup>

Nel presente contributo si focalizzerà l’attenzione sulle novità apportate dalla riforma in tema di attentato contro la libertà sessuale di soggetti adulti, non essendo possibile in questa sede soffermarsi sulle ulteriori modifiche di stampo penalistico introdotte dalla novella<sup>11</sup>. Al fine di comprendere la portata di tali innovazioni, di valutare gli effetti che esse stanno già generando sul piano pratico-applicativo nelle aule di tribunale, nonché di verificare la bontà della controriforma, pare opportuno partire dall’analisi dei caratteri fondamentali della disciplina previgente, sì da cogliere somiglianze e divergenze del vecchio e dell’attuale sistema spagnolo di garanzia della libertà sessuale rispetto a quello italiano.

2. Il codice penale spagnolo del 1995 dedica un apposito titolo del Libro II, il Titolo VIII, alla disciplina dei reati sessuali<sup>12</sup>. In questo titolo, suddiviso in sei capitoli, trovano collocazione numerose fattispecie incriminatrici, tra loro eterogenee, riconducibili sia al diritto penale sessuale in senso stretto che al diritto penale sessuale in senso lato<sup>13</sup>. Difatti, oltre ai delitti

<sup>8</sup> Sulla distinzione tra *abuso*, *agresión* e *violación* v. *infra*, par. 2.

<sup>9</sup> Su cui v., *infra*, par. 6.

<sup>10</sup> Sul dibattito dottrinale in ordine al sostanziale “*regreso al Código Penal de la Manada*” v. M. Díaz y García-Conlledo, M. A. Trapero Barreales, *La nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual: ¿la vuelta al Código Penal de La Manada?*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2023, 25-18, 1 ss., disponibile al link <http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-18.pdf>.

<sup>11</sup> Per una rapida disamina delle ulteriori novità introdotte dalla legge, tra cui spiccano la nuova fattispecie di *acoso callejero*, introdotta al co. 4 dell’art. 173 Cp e la punibilità per *acoso sexual* anche delle persone giuridiche ex art. 184 co. 5 Cp, si veda J. L. Rubido de la Torre, *Apuntes penales sobre la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual (ley del «solo sí es sí»)*, in *La Ley Penal 2022*, 159, 5 ss.

<sup>12</sup> Fino all’entrata in vigore della L.O. 10/2022, il Titolo VIII era rubricato «*Delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales*». Il riferimento all’*indemnidad*, intesa nel senso di intangibilità o di integrità della sfera sessuale, era stato inserito con la riforma del 1999 al fine di descrivere in maniera più adeguata il bene giuridico protetto nel caso di attentati alla sfera sessuale del minore o delle persone con disabilità necessitanti di speciale protezione. Sul punto, v. P. Faraldo Cabana, *Evolución del delito de violación en los códigos penales españoles. Valoraciones doctrinales*, in *La Manada. Un antes y un después en la regulación de los delitos sexuales en España*, a cura di P. Faraldo Cabana, M. Acale Sánchez (dir.), S. Rodríguez López e M. A. Fuentes Loureiro (coord.), Valencia 2018, 57; F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*<sup>23</sup>, Valencia 2021, 215 ss., che evidenzia come rispetto ai minori e ai soggetti con particolari disabilità non potrebbe parlarsi di libertà di autodeterminazione in ambito sessuale: «*Más que la libertad del menor o de la persona con discapacidad, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y, en el caso de la persona con discapacidad, evitar que sea utilizada como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales*». La riforma del 2022 espunge il riferimento all’*indemnidad sexual* dalla rubrica del Titolo VIII; tuttavia, secondo i primi commentatori, tale espunzione dovrebbe ritenersi priva di reale significato, atteso che solo intendendo il concetto di libertà sessuale in senso più ampio può giustificarsi a livello dogmatico l’immutata previsione all’interno del medesimo titolo di fattispecie incriminatrici come gli atti sessuali con minori di anni sedici o la corruzione di minori: v. F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*<sup>24</sup>, Valencia 2022, 225.

<sup>13</sup> Sull’utilità e il significato di tale distinzione, v. F. Macrì, *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente*,

specificamente volti a tutelare la libertà di autodeterminazione sessuale strettamente intesa, nonché l'intangibilità sessuale dei minori, ivi si disciplinano altresì le molestie sessuali, l'esibizionismo e la provocazione sessuale, e infine i delitti relativi alla prostituzione e alla corruzione di minori<sup>14</sup>.

Concentrando l'attenzione sulla prima delle tipologie di delitti menzionati – sulla quale maggiormente hanno inciso le modifiche apportate dalla riforma del 2022 –, occorre rilevare che alla regolamentazione degli attentati alla libertà sessuale altrui veniva riservato sia il Capitolo I, relativo alle aggressioni sessuali, sia il Capitolo II, relativo agli abusi sessuali. Difatti, come suggerito da tale suddivisione sistematica, uno degli elementi maggiormente caratterizzanti il sistema spagnolo di garanzia penale della libertà sessuale, anteriormente alla riforma, era la distinzione tra i delitti (più gravi) di *agresión sexual* e i delitti (meno gravi) di *abuso sexual*.

L'art. 178 Cp<sup>15</sup>, nella sua versione originaria, tipizzava la forma base del delitto di *agresión*, consistente nell'attentare contro la libertà sessuale di un'altra persona utilizzando violenza o minaccia ("*violencia o intimidación*"), fatto a cui si riservava la *pena de prisión* da uno a cinque anni. L'art. 179 Cp prevedeva poi un tipo qualificato<sup>16</sup> di *agresión sexual*, costituente l'autonoma e più grave fattispecie di *violación*, che puniva con la *pena de prisión* da sei a dodici anni le aggressioni sessuali propriamente penetrative, ossia consistenti in «*acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías*».

Alla figura dell'aggressione si contrapponeva quella dell'abuso sessuale, ossia l'attentato alla libertà o integrità sessuale di un'altra persona commesso senza violenza o minaccia e senza il consenso della vittima, che l'art. 181 Cp<sup>17</sup> ante riforma puniva con la *pena de prisión* da uno a tre anni o con la multa da diciotto a ventiquattro mesi<sup>18</sup>. Il co. 2 dell'art. 181 Cp riconduceva

---

*diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*, Firenze 2010, 4 ss.; utilizza altresì tale categorizzazione il Gruppo di lavoro sui reati in materia sessuale (coordinato dal prof. Sergio Seminara e costituito dai proff. Giuliano Balbi, Marta Bartolino, Alberto Cadoppi), dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, nella relazione di sintesi dei contributi presentati durante il VII convegno nazionale della stessa Associazione, tenutosi a Torino il 9-10.11.2018, cfr. M. Bertolino (a cura di), *Verso la riforma dei reati sessuali. Parte I: i reati stricto sensu sessuali*, in [www.aipdp.it](http://www.aipdp.it) 2018.

<sup>14</sup> Nello specifico, anteriormente all'entrata in vigore della L.O. 10/2022, il Titolo VIII era così suddiviso: Capitolo I (*De las agresiones sexuales*), II (*De los abusos sexuales*), II bis (*De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años*), III (*Del acoso sexual*), IV (*De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual*), V (*De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores*) e VI (*Disposiciones comunes a los capítulos anteriores*). Per una disamina completa dei delitti previsti dal Titolo VIII, si veda F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*<sup>24</sup>, cit., 223 ss.

<sup>15</sup> La norma stabiliva: «*El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años*».

<sup>16</sup> In questi termini, F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*<sup>23</sup>, cit., 222.

<sup>17</sup> L'art. 181 Cp recitava: «1. *El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses*. 2. *A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto*. 3. *La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima*. 4. *En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años*. 5. *Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurriere la circunstancia 3ª o la 4ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código*».

<sup>18</sup> Per un'analisi della pena della multa nel diritto penale spagnolo si veda F. Muñoz Conde, M. García Arán, *Derecho penal. Parte general*<sup>9</sup>, Valencia 2015, 559 ss. In sintesi, l'art. 50 Cp delinea un modello di

poi espressamente all'abuso sessuale le ipotesi di atti sessuali commessi su persona priva di sensi o della cui infermità mentale si abusasse, nonché quelli commessi annullando la libertà della vittima mediante l'uso di farmaci, droghe o qualunque altra sostanza naturale o chimica idonea a tale scopo. All'assenza di consenso il co. 3 equiparava, inoltre, il consenso viziato in quanto ottenuto mediante lo sfruttamento di una situazione di superiorità manifesta tale da limitare la libertà della vittima ("*abuso por prevalimiento*"). Inoltre, nonostante non vengano menzionati espressamente dalla legge, anche gli "attacchi a sorpresa", che non danno il tempo alla vittima di esprimere validamente il proprio consenso, venivano considerati dalla giurisprudenza quali abusi sessuali<sup>19</sup>. Infine, anche nel caso dell'abuso, il co. 4 dell'art. 181 Cp prevedeva un'ipotesi aggravata – per la quale si stabiliva la pena detentiva dai quattro ai dieci anni – per le medesime condotte penetrative oggetto del delitto di *violación*.

Anche la disciplina delle circostanze speciali era differenziata a seconda che queste afferissero al delitto di aggressione ovvero a quello di abuso sessuale. L'art. 180 Cp contemplava le sole circostanze aggravanti applicabili ai fatti commessi con violenza o minaccia, considerato l'espresso rinvio ai soli delitti di cui agli artt. 178 e 179 Cp: nel primo caso la forbice edittale veniva compresa tra i cinque e i dieci anni di pena detentiva, nel secondo caso tra i dodici e i quindici anni di pena detentiva. Nello specifico, tra le ipotesi aggravate di cui all'art. 180 Cp *ante* riforma, figuravano il carattere particolarmente degradante o vessatorio della violenza o minaccia esercitate (co. 1 n. 1), l'attuazione congiunta del fatto di reato da parte di due o più persone (co. 1 n. 2), la particolare vulnerabilità della vittima (co. 1 n. 3), l'approffittamento di una relazione di superiorità o di parentela con la vittima (co. 1 n. 4) e l'uso di armi o altri mezzi ugualmente pericolosi (co. 1 n. 5).

Viceversa, il co. 5 dell'art. 181 rendeva espressamente applicabili ai fatti di abuso sessuale le sole circostanze aggravanti di cui ai nn. 3 e 4 del co. 1 dell'art. 180. L'esclusione delle circostanze relative al carattere particolarmente grave della violenza o della minaccia e all'uso di armi appariva assolutamente logica, in quanto conseguenza inevitabile dell'assenza, nella configurazione tipica del fatto di abuso, del carattere violento o minaccioso della condotta. Nondimeno, spicca all'occhio del penalista italiano il trattamento riservato all'aggravante dell'attuazione congiunta di due o più persone, applicabile ai soli casi di *agresión* e di *violación*, ma non anche a quelli di *abuso sexual*. Al di là dell'irragionevolezza di tale previsione – a cui dottrina e giurisprudenza, come si vedrà, avevano già cercato di offrire parziale rimedio prima dell'entrata in vigore della riforma –, non sfuggono le profonde differenze che intercorrono tra l'ordinamento spagnolo e quello italiano in merito alle scelte di criminalizzazione delle aggressioni sessuali ad opera di più persone. Il legislatore nostrano ha optato, infatti, per la configurazione della violenza sessuale di gruppo, nell'art. 609-*octies* Cp, come fattispecie autonoma di reato, a testimonianza – anche simbolica – della sua intrinseca

---

commisurazione della pena pecuniaria basato sul sistema del *días-multa* – o delle quote giornaliere o tassi giornalieri –, in base al quale il giudice prima individua l'ammontare della pena in termini temporali (numero di quote o estensione della multa), poi quantifica il tasso giornaliero sulla base delle condizioni economiche del reo (importo della singola quota), ed infine, moltiplicando i risultati delle due precedenti operazioni, ottiene l'ammontare finale della multa. Si tratta di un sistema simile a quello adottato in Italia dal d.lgs. 231/2001 con riferimento alla responsabilità amministrativa dipendente da reato delle persone giuridiche. È interessante notare come in Spagna il modello delle quote giornaliere, mentre costituisce la regola per la commisurazione della pena pecuniaria per le persone fisiche, rappresenta invece un'eccezione in relazione alla responsabilità penale delle persone giuridiche, nell'ambito della quale si privilegia il modello della multa proporzionale: sul punto, cfr. P. Faraldo Cabana, *Sull'idoneità della sanzione pecuniaria per le persone giuridiche. Una riflessione dal diritto spagnolo con spunti di diritto italiano*, in *DPenCont* 2014, 3-4, 122 ss.

<sup>19</sup> Cfr. P. Faraldo Cabana, "*Solo sí es sí*": *hacia un modelo comunicativo del consentimiento en el delito de violación*, in *Reformas penales en la península ibérica: a "jangada de pedra"*?, a cura di M. Acale Sánchez, A. I. Miranda e A. Nieto Martín, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2021, 266.



maggiore gravità e della sua specificità socio-criminologica<sup>20</sup>: il fenomeno del “branco” amplificherebbe le capacità criminali dei singoli agenti, oltre a privare la vittima – oggetto di un processo di totale reificazione – di qualunque possibilità di difesa, esponendola altresì a un elevatissimo grado di umiliazione<sup>21</sup>.

2.1. Dalla rapida disamina sin qui svolta, emerge come i delitti di aggressione e di abuso sessuale presentassero numerosi elementi in comune<sup>22</sup>. In primo luogo, in entrambi i casi, la condotta tipica veniva descritta attraverso il riferimento all’“attentato alla libertà sessuale altrui”; in secondo luogo, sia per l’abuso che per l’aggressione erano previste delle forme più gravi di attentato sessuale consistenti nel compimento di atti penetrativi; infine, entrambe le fattispecie incriminatrici presentavano, quale elemento costitutivo – esplicito nel delitto di abuso e ritenuto pacificamente implicito in quello di aggressione – l’assenza di consenso della persona offesa<sup>23</sup>.

Conviene operare alcune puntualizzazioni in merito al concetto di “attentato alla libertà sessuale altrui”, atteso che, avendo il legislatore della riforma mantenuto ferma tale locuzione per la definizione del nucleo centrale della nuova fattispecie unitaria di aggressione sessuale, esse conservano una persistente attualità. Ebbene, una parte consistente della dottrina penalistica spagnola si è espressa in maniera critica con riferimento all’utilizzo di una formula linguistica così vaga e generica<sup>24</sup>, la cui ambiguità ed eccessiva latitudine renderebbe quantomeno dubbia la compatibilità delle fattispecie di abuso e aggressione sessuale con il principio di legalità, *sub specie* di tassatività e determinatezza<sup>25</sup>. Invero, l’infelice descrizione del precetto, attuata attraverso la discutibile tecnica legislativa del mero riferimento al bene giuridico tutelato, non permettendo di delineare con precisione e chiarezza i contorni del fatto tipico, esporrebbe l’individuo all’incertezza delle ricostruzioni interpretative – necessariamente suppletive e, dunque, creative – della giurisprudenza.

L’unico punto fermo nell’interpretazione prevalente pare essere la necessità del coinvolgimento della corporeità del soggetto passivo: difatti, pur non essendo necessario un contatto fisico diretto tra autore e vittima, occorrerebbe in ogni caso un’intrusione nella corporeità sessuale di quest’ultima, come nei casi in cui la si costringa a masturbarsi o a tenere rapporti sessuali con un terzo<sup>26</sup>. Nondimeno, in assenza di ulteriori specificazioni normative,

<sup>20</sup> Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale, vol. I. Delitti contro la persona*<sup>6</sup>, Padova 2016, 447.

<sup>21</sup> V. M. Bertolino, *op. cit.*, 11.

<sup>22</sup> Così, P. Faraldo Cabana, *¿Intimidación o prevalimiento? La sentencia de La Manada y los delitos sexuales en España*, in [www.criminaljusticework.eu](http://www.criminaljusticework.eu) 25.9.2018.

<sup>23</sup> Cfr. P. Faraldo Cabana, E. Ramon Ribas, *La reforma de los delitos de agresiones y abusos sexuales en España*, in *La Manada. Un antes y un después*, cit., 253.

<sup>24</sup> Si tratta di una «*expresión que puede calificarse como indefinida o ambigua, en la medida que permite incluir cualquier conducta con relevancia sexual, lo que perjudica la seguridad jurídica*», cfr. F. J. Álvarez García (dir.), A. Manjón-Cabeza Olmeda e A. Ventura Püschel (coord.) *Derecho penal español. Parte especial (I)*, Valencia 2011, 589.

<sup>25</sup> Sul tema, v. F. Morales Prats, R. García Albero, *Delitos contra la libertad sexual*, in *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* a cura di G. Quintero Olivares (dir.) e J. M. Valle Muñoz (coord.), Pamplona 1996, 231; J. Córdoba Roda, M. García Arán, *Comentarios al código penal. Parte especial. Tomo I*, Madrid 2004, 326 s.

<sup>26</sup> In tal senso, J. Córdoba Roda, M. García Arán, *op. cit.*, 327; F. J. Álvarez García (dir.), *op. cit.*, 589. Non costituirebbero invece *agresión* o *abuso* le condotte meramente esibizioniste (come gli atti di autoerotismo commessi alla presenza di terzi), essendo ad esse riservate un’apposita fattispecie incriminatrice a tutela dei soli minori di anni sedici. Anche la giurisprudenza del Tribunale Supremo pare seguire tale orientamento: cfr. STS 29.12.2009 n.1397, che ha condannato per aggressione sessuale un soggetto che, utilizzando violenza e minaccia, ha costretto la vittima a masturbarsi mentre la osservava (cfr. F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*<sup>23</sup>, cit., 219). Sussiste, dunque, un evidente allineamento con l’orientamento consolidato della giurisprudenza di

risulta difficile ancorare la connotazione sessuale di un atto a parametri oggettivi e univoci, specialmente ove si tratti di delimitare la soglia minima di rilevanza penale del fatto.

Del resto, simili problemi sono stati riscontrati anche in Italia in relazione al concetto di atti sessuali<sup>27</sup>, attorno a cui si accentra – in seguito alla riforma operata dalla l. 15.2.1996 n. 66 – tutto il substrato materiale tipico del delitto di violenza sessuale di cui all’art. 609-bis Cp. Si è infatti evidenziata l’estrema genericità della locuzione “atti sessuali”, elemento normativo extragiuridico della fattispecie dal carattere polisemico, di cui è impossibile individuare una definizione univoca nell’ambito delle scienze antropologiche, sociologiche, mediche, nonché, più in generale, nel linguaggio comune<sup>28</sup>. Proprio l’indeterminatezza dell’espressione prescelta dal legislatore ha, da un lato, contribuito all’emersione di molteplici ricostruzioni esegetiche nel panorama dottrinale e, dall’altro, prestato il fianco a soluzioni giurisprudenziali oscillanti e progressivamente volte ad estendere i confini dell’approccio sessuale penalmente rilevante<sup>29</sup>. A ben vedere, le citate difficoltà interpretative emergono, sia nell’ordinamento italiano che nell’ordinamento spagnolo, allorché si tratti di individuare il confine “inferiore” di rilevanza penale del fatto, in relazione a tutte quelle condotte (baci superficiali o sulla guancia, abbracci, carezze sui polsi, tocamenti della coscia, palpeggiamenti fugaci del sedere, ecc.) la cui connotazione sessuale non sia immediatamente e univocamente apprezzabile<sup>30</sup>, dipendendo in larga parte dalla sensibilità dei soggetti coinvolti.

---

legittimità italiana, secondo cui «ai fini dell’integrazione del reato di cui all’art. 609-bis cod. pen., la nozione di “atti sessuali” implica necessariamente il coinvolgimento della corporeità sessuale del soggetto passivo, dovendo questi essere costretto a “compiere” o a “subire” tali atti, rispetto ai quali devono ritenersi estranei gli atti di esibizionismo, di autoerotismo in presenza di terzi costretti ad assistervi, o di “voyeurismo” che, pur essendo manifestazione di istinto sessuale, non coinvolgono la corporeità sessuale del soggetto passivo, nemmeno in termini di tentativo», cfr. Cass. 29.10.2020, n. 33045, in *CEDCass.*, m. 280044.

<sup>27</sup> Le criticità in relazione al deficit di determinatezza dell’art. 609-bis Cp erano state messe in luce dalla dottrina sin dai primi commenti alla riforma del 1996: cfr. G. Mulliri, *La legge sulla violenza sessuale. Analisi del testo, primi raffronti e considerazioni critiche*, in *CP* 1996, 734 ss.; P. Pisa, *Le nuove norme contro la violenza sessuale. Il commento*, in *DPP* 1996, 3, 284. I dubbi sulla compatibilità di tale fattispecie con l’art. 25, co. 2, Cost. sfociarono altresì nella rimessione alla Consulta di una questione di legittimità costituzionale dell’art. 609-bis Cp, sollevata da T. Crema, ord. 21.10.1998, in *DirFamPers* 1999, 1, 62 ss., con nota di B. Romano, *Appunti sui sospetti di illegittimità costituzionale degli atti sessuali alla luce del principio di determinatezza*, nonché in *GI* 1999, 830 ss., con nota di G. Inzerillo, *La nozione di atto sessuale al vaglio della Corte costituzionale*; questione dichiarata manifestamente inammissibile da C. Cost., ord. 17.7.2000, n. 295 per carenza di motivazione sulla rilevanza della stessa.

<sup>28</sup> Sul punto, v. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 2, Tomo 1. I delitti contro la persona*<sup>4</sup>, Bologna 2013, 246 ss.

<sup>29</sup> Per una panoramica aggiornata del variegato mosaico degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto, v. i recenti contributi di A. Riccio, *L’evanescente nozione di atto sessuale*, in *DisCrimen* 1.7.2022, e di A. Martini, *La tipicità alla prova delle migliori intenzioni: l’incerta nozione di atto sessuale*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu) 27.7.2022, 19 ss., il quale evidenzia il carattere fortemente oscillante delle interpretazioni pretorie: «Forse perché il vuoto da colmare è eccessivo, forse perché l’interpretazione di un concetto di tal fatta non può che risultare condizionata dalle convinzioni di chi vi provvede, il risultato finale è che guardando alle decisioni come ad un insieme si rimane colpiti dalla fantasmagoria di un mosaico multicolore. [...] Esse non sembrano il risultato preventivabile di un metodo affidabile e consolidato ma piuttosto l’espressione del pragmatismo tipico della giustizia del caso concreto, del suo particolarismo eclettico». Sul punto, cfr. altresì F. Macrì, *La violenza sessuale (art. 609-bis c.p.) nella giurisprudenza della Suprema Corte del 2015*, in *DPenCont* 2016, 1, 162 ss.; nonché S. R. Palumbieri, *Violenza sessuale*, in *Diritto Penale*, Tomo III, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2022, 6192 ss.

<sup>30</sup> Sul tema, cfr. F. Macrì, *La violenza sessuale*, cit., 4; A. Riccio, *op. cit.*, 10 ss., che evidenzia come se «nessun dubbio sussiste circa la natura sessuale di atti penetrativi o comunque incidenti su zone genitali o pacificamente erogene, il nodo gordiano della questione attiene a quella “zona grigia”, popolata da condotte a cavallo tra la violenza sessuale di particolarissima tenuità e la molestia: si pensi ai baci sulle guance, alle carezze sui polsi, al c.d. piedino, al tocco della coscia, al fugace palpeggiamento del fondoschiena e alla c.d. manomorta».

Con riferimento a tali casi-limite, l'utilizzo del criterio oggettivo-anatomico, che fa perno sulla natura erogena o meno della zona del corpo attinta<sup>31</sup>, si rivela insoddisfacente. In effetti, a dispetto della sua apparente oggettività, tale parametro risulta scivoloso almeno quanto quello puramente soggettivo, ossia basato sulla sussistenza di un impulso lussurioso, di un'intenzione lasciva, del soggetto agente<sup>32</sup>. Invero, poiché la stessa scienza medica considera erogene tutte quelle parti anatomiche la cui stimolazione è funzionale a produrre desiderio sessuale, senza tracciarne una tassonomia definita, si deve riconoscere che tale parametro è ben lontano da offrire all'interprete un ancoraggio sicuro. Oltre agli organi genitali o ai caratteri sessuali primari, potrebbero rivelarsi erogene, «per ragioni diverse da individuo a individuo, pressoché tutte le altre parti del corpo, tanto che, alla fine, non possiamo ritenere di disporre di una mappatura affidabile del corpo umano che distingua, con diversi colori, le parti erogene e quelle che tali non sono»<sup>33</sup>. Del resto, non può negarsi che il concetto di sessualità sia fortemente influenzato dall'evolversi dei costumi sociali e dei codici culturali e comportamentali e che, dunque, sia per definizione una nozione in continuo mutamento, tanto più in un contesto multiculturale e pluralista come quello attuale, che riconosce e accetta in via generalizzata l'estrema varietà e molteplicità dei gusti sessuali<sup>34</sup>.

Le considerazioni sin qui svolte hanno fatto emergere un filone interpretativo, riscontrabile nella letteratura e nella più recente giurisprudenza sia italiana che spagnola, tendente a correggere l'impostazione oggettivistico-anatomica attraverso il richiamo alla teoria "contestuale"<sup>35</sup>. Difatti, sono frequenti i casi in cui, a fronte di condotte dal significato erotico non autoevidente – rispetto alle quali il semplice richiamo al concetto di zona erogena risulta inconferente –, la valenza sessuale dell'atto viene desunta dalla valutazione complessiva di tutte le circostanze del caso concreto<sup>36</sup>, e ciò spesso in chiave di estensione dell'area di tipicità penale<sup>37</sup>. In questo solco, pare essersi ormai consolidato nella giurisprudenza della Suprema

<sup>31</sup> I fautori della tesi oggettivo-anatomica, maggioritaria in dottrina e in giurisprudenza, muovendo dalla distinzione tra atti sessuali e atti libidinosi, negano qualunque rilievo alle intenzioni lascive dell'agente e, richiamando le scienze mediche e antropologiche, individuano gli atti penalmente rilevanti in funzione della zona del corpo attinta. L'impostazione più rigorosa e tassativizzante è stata sostenuta, in particolare, da A. Cadoppi, *sub art. 609-bis c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*<sup>4</sup>, Padova 2006, 458 ss., secondo il quale si ha atto sessuale in caso «di contatto fisico tra una parte qualsiasi del corpo di una persona con una zona genitale (compresa la mammella nella donna), anale od orale del partner».

<sup>32</sup> Tra i sostenitori della concezione soggettiva di atto sessuale (che di fatto riprende l'interpretazione in passato accolta con riferimento alla locuzione atti di libidine di cui all'abrogato art. 521 Cp), minoritaria in dottrina e superata ormai da tempo dalla giurisprudenza, v. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale, I*, 14<sup>a</sup> ed. integrata e aggiornata a cura di L. Conti, Milano 2002, 177, secondo cui è atto sessuale «ogni manifestazione dell'istinto sessuale espressa in tutte le forme in cui può estrinsecarsi la libidine».

<sup>33</sup> V. A. Martini, *op. cit.*, 22.

<sup>34</sup> Cfr. M. Papa, *La fisiognomica della condotta illecita nella struttura dei reati sessuali: appunti per una riflessione sulla crisi della tipicità*, in *Crim 2018*, 217 s.; la conclusione che se ne trae, secondo l'autore, è che (220) «difficilmente i reati sessuali riusciranno a rimanere saldamente all'interno di quello che abbiamo chiamato il "diritto penale delle cose visibili", cioè del fatto tipico fisiognomicamente significativo. I reati sessuali tendono, per ragioni storiche complesse e difficilmente contrastabili, ad entrare nell'ambito del "diritto penale delle cose invisibili", cioè in quella crescente porzione del diritto penale che si confronta con l'ingiusto senza la mediazione di una condotta tipica capace di esprimere l'ingiusto stesso in modo paradigmatico e conclusivo, cioè fisiognomicamente rilevabile».

<sup>35</sup> Il principale sostenitore di tale teoria è G. Fiandaca, *Violenza sessuale*, in *ED*, aggiorn., vol. IV, 2000, 1153 ss., per il quale «l'individuazione del significato sessuale di un atto non può prescindere dalla considerazione del contesto interattivo; quindi, della relazione intersoggettiva che si realizza tra i protagonisti del fatto, per cui la percezione (...) del significato sessuale violento va desunta dalla dinamica psicologica e comunicativa che si realizza all'interno del fatto tra le persone coinvolte».

<sup>36</sup> In argomento, con riferimento alla giurisprudenza italiana, A. Riccio, *op. cit.*, 7 s. e 13.

<sup>37</sup> V. F. Macrì, *La violenza sessuale*, cit., p. 3. L'autore evidenzia, infatti, che nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, «dopo i primi anni di "assestamento" del secolo scorso è emerso un chiaro accostamento alla

Corte italiana il principio di diritto secondo cui un atto può considerarsi sessuale, anche ove attinga parti del corpo dichiaratamente non erogene, «allorquando, in base ad una valutazione complessiva della condotta che tenga conto del contesto ambientale e sociale in cui l'azione è stata realizzata, del rapporto intercorrente tra i soggetti coinvolti e di ogni altro dato fattuale qualificante, possa ritenersi che abbia inciso sulla libertà sessuale della vittima»<sup>38</sup>. Analogamente, autorevole dottrina spagnola ha segnalato che nell'interpretazione del concetto di atto contro la libertà sessuale si dovrà tenere conto del contesto socio-culturale di riferimento e delle circostanze personali relative al caso concreto considerato: «*un beso, un abrazo, una caricia, etc., pueden tener o no un significado sexual dependiendo del contexto*»<sup>39</sup>. La stessa giurisprudenza del *Tribunal Supremo* sembra seguire tale impostazione: chiara a tal proposito la sentenza n. 364 del 19.5.2017, che ha condannato per abuso sessuale un uomo per aver accarezzato i capelli della vittima e averle messo le mani sulla vita cercando di baciarla, specificando che «*no es necesario que el contacto se proyecte sobre determinadas zonas del cuerpo de mayor significado sexual*»<sup>40</sup>.

Il rapido *excursus* comparatistico svolto permette di formulare alcune parziali conclusioni, anche in prospettiva *de iure condendo*, in relazione alla questione del deficit di determinatezza dell'art. 609-*bis* Cp. L'esperienza spagnola dimostra come la proposta di articolazione delle ipotesi di violenza sessuale in una pluralità di incriminazioni distinte a seconda della natura penetrativa o non penetrativa degli atti, pur avanzata in chiave di riforma da una parte della dottrina italiana al fine di rendere tale delitto maggiormente aderente al principio di tassatività<sup>41</sup>, si riveli in realtà inconferente rispetto a tale scopo. Come visto, infatti, nel sistema penale spagnolo, la previsione di differenti fattispecie incriminatrici, connotate da un diverso livello di gravità, non è valsa a rendere immune la disciplina legale dalle accuse di indeterminatezza formulate dalla dottrina: il nucleo fattuale dell'approccio sessuale penalmente rilevante rimane ancorato, in tutte le ipotesi tipiche analizzate, al generico concetto di "attentato contro la libertà sessuale altrui".

È evidente, dunque, che un eventuale spaccettamento del delitto di violenza sessuale in due ipotesi tipiche, incentrato sul solo criterio della presenza o meno di atti penetrativi, e non accompagnato da uno sforzo di tipizzazione in positivo dell'atto sessuale non penetrativo

---

proposta "oggettivo-anatomica", affiancato però da frequenti richiami alla teoria "contestuale" in funzione di estensione della tipicità penale sessuale ad atti (es.: bacio "aberrante" terminato sulla guancia o toccamento delle cosce) per i quali risulterebbe altrimenti problematico pervenire ad una qualificazione come "atto sessuale" sulla base del solo richiamo al concetto di "zona erogena", e dunque a parametri meramente anatomici).

<sup>38</sup> In tal senso, con riferimento a un caso relativo a un bacio sulla guancia, Cass. 18.9.2019, n. 43423, in *CEDCass.*, m. 277179; *conf.* (in relazione a un caso in cui veniva però esclusa la responsabilità penale) Cass. 2.2.2023, n. 9085, con nota di A. IEOLELLA, *Bambina baciata sulla guancia da uno sconosciuto: impossibile parlare di violenza sessuale*, in *D&G* 2023, 41, 8 ss.

<sup>39</sup> Così, F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*<sup>23</sup>, cit., 230.

<sup>40</sup> STS 19.5.2017 n. 364, consultabile su <https://vlex.es/vid/680283141>.

<sup>41</sup> Cfr. B. Romano, *Proposte di riforma nei delitti contro la sfera sessuale della persona*, in *www.penalecontemporaneo.it* 29.11.2018, 4, secondo il quale «La proposta sopra riassunta [lo spaccettamento del delitto di violenza sessuale in due distinte fattispecie, lo stupro e l'abuso sessuale, N.d.A.] (...) consentirebbe di superare due evidenti deficit di determinatezza, il primo dei quali neppure salvabile dall'essere *in bonam partem*: la difficoltà di sapere cosa sono gli "atti sessuali" e, soprattutto, quali siano i "casi di minore gravità", spesso lasciati ad una amplissima valutazione discrezionale della magistratura, che ha offerto significative incertezze. Infatti, basterebbe sapere cosa riteniamo essere "stupro" per evitare di diffonderci in oscillazioni relative alla identificazione (almeno) dei più estremi atti sessuali; al tempo stesso, la fissazione di un reato più grave, eviterebbe le, talvolta assurde e imbarazzanti, identificazioni dei "casi di minore gravità"; si veda, altresì, la proposta di riforma presentata in G. Balbi, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *www.sistemapenale.it* 3.3.2020, versione scritta della relazione tenuta nell'ambito dell'VIII Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale, Napoli, 30-31.5.2019, su *La riforma dei reati contro la persona*.

penalmente rilevante, non offrirebbe alcun contributo alla causa della tassativizzazione del precetto. Invero, come si è osservato, sono proprio i casi limite, collocati sulla soglia minima di offensività e certamente non connotati da penetrazione, a sollevare dubbi e oscillazioni giurisprudenziali. L'articolazione in diversi delitti potrebbe valere, pertanto, a rendere maggiormente aderente ai principi di offensività, colpevolezza e proporzionalità il sistema di tutela penale della sfera sessuale, eliminando l'illogica equiparazione di fatti connotati da disvalore oggettivo e soggettivo profondamente diverso. E, tuttavia, essa non sarebbe idonea, di per sé, a rendere più certi i confini degli atti sessuali non penetrativi realmente offensivi della libertà sessuale, e, dunque, a risolvere i problemi di tassatività e determinatezza sollevati in relazione al delitto di violenza sessuale, che si riverserebbero *mutatis mutandis* sull'eventuale nuova e meno grave fattispecie tipica<sup>42</sup>.

2.2. La linea di demarcazione tra i delitti di aggressione e di abuso sessuale era tanto netta a livello testuale e teorico, quanto sottile e incerta dal punto di vista probatorio e applicativo. Come accennato, l'unica differenza tra questi reati stava nel fatto che nell'*agresión* si attentava contro la libertà sessuale altrui usando violenza o intimidazione, mentre nell'*abuso* l'impiego di tali modalità coercitive era espressamente escluso.

Nello specifico, il concetto di violenza è riconducibile all'impiego di qualunque tipo di *vis física* proiettata sul corpo della vittima<sup>43</sup>. La condotta violenta costituisce una forma di costrizione materiale che può sfociare nella *vis absoluta*, ossia irresistibile, o limitarsi all'uso iniziale di forza fisica di moderata entità, con la minaccia che all'eventuale resistenza opposta dalla vittima si risponderà con l'impiego di maggiore violenza. Pertanto, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, non sarebbe necessaria una resistenza attiva e continuata del soggetto passivo, che potrebbe – non appena cominciano gli atti di violenza – “tollerare” l'aggressione sessuale per evitare mali ulteriori<sup>44</sup>.

L'intimidazione consiste, invece, nella minaccia di un male ingiusto, che secondo l'orientamento consolidato deve rivestire i caratteri della serietà, della verosimiglianza, dell'immediatezza e della gravità, tali da renderla assimilabile alla violenza<sup>45</sup>. In particolare, la gravità del male minacciato deve essere misurata in modo oggettivo ed essere tale da non lasciare alla persona intimidita, nell'immediatezza dei fatti, altra via d'uscita che non sia quella di tollerare il rapporto sessuale non voluto<sup>46</sup>. Tuttavia, ciò non significa che possano essere trascurate le circostanze personali peculiari in cui si trovi la vittima nel caso concreto. In questo tipo di delitti, infatti, l'età del soggetto passivo e il contesto sociale e familiare di riferimento

<sup>42</sup> Di questa opinione, critica nei confronti della proposta di riforma dei reati sessuali presentata da G. Balbi, anche E. Biaggioni, *Consenso e tipizzazione delle condotte nei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale tra esigenze reali e stereotipi - Osservatorio contro la violenza sulle donne* n. 1/2020, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 25.11.2020, 9 s.

<sup>43</sup> Cfr. P. Faraldo Cabana, *¿Intimidación o prevalimiento?*, cit.

<sup>44</sup> Di tale avviso F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*<sup>23</sup>, cit., 220. Sul conforme orientamento del *Tribunal Supremo*, v. STS 2.6.2016 n. 480, consultata su <https://vlex.es/vid/642656829>: «La jurisprudencia consolidada de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta».

<sup>45</sup> V. P. Faraldo Cabana, *¿Intimidación o prevalimiento?*, cit.

<sup>46</sup> Così, F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*<sup>23</sup>, cit., 221.

costituiscono fattori decisivi per accertare se l'intimidazione abbia raggiunto un livello di gravità sufficiente da qualificare la condotta come aggressione sessuale<sup>47</sup>.

Inoltre, non è necessario che la minaccia sia espressa, potendo essere implicita o derivare da un contesto intimidatorio diffuso<sup>48</sup>. Ad esempio, nei contesti familiari, scolastici o lavorativi nei quali una persona adotti una posizione di superiorità psicologica, affettiva o economica su di un'altra, potrebbe essere sufficiente un'intimidazione implicita a qualificare la relazione sessuale con la persona "sottomessa" come *agresión*<sup>49</sup>.

Analogamente si dovrebbe valutare il caso in cui gli aggressori siano più di uno e la vittima, trovandosi completamente indifesa, reputi preferibile, per evitare mali maggiori, tollerare la relazione sessuale senza opporre una resistenza "eroica". In questo senso, parte della dottrina parla di "*intimidación ambiental*" proprio per indicare l'ipotesi in cui la mera presenza di più aggressori, anche se non accompagnata da parole o gesti minacciosi espliciti, sia tale, in considerazione delle circostanze del caso concreto, da ridurre la vittima ad uno stato di completa soggezione e timore<sup>50</sup>. Si noti come, attraverso tale interpretazione, si riesca a risolvere in radice l'accennato problema dell'irragionevole mancata estensione dell'aggravante dell'attuazione congiunta da parte di più persone al reato di *abuso sexual*. Il concorso di persone, integrando di fatto un'ipotesi di intimidazione, varrebbe infatti a qualificare il fatto come *agresión sexual*, facendo altresì salva l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 180 lett. b Cp.

Nonostante i punti di cesura tra *agresión* e *abuso*, delimitati dai concetti di violenza e intimidazione, fossero chiaramente definiti in termini astratti da dottrina e giurisprudenza, permanevano numerosi casi dubbi di difficile risoluzione pratica. Ciò in quanto, tra i casi tipizzati di abuso, l'art. 181 Cp annoverava quello commesso mediante sfruttamento di una situazione di superiorità manifesta tale da coartare la volontà della vittima (*abuso por prevalimiento*), la cui prossimità con l'ipotesi di aggressione mediante intimidazione risultava evidente<sup>51</sup>. Ecco che la chiarezza del criterio discretivo della violenza/intimidazione si sgretolava di fronte alla difficoltà di individuare un confine certo tra i casi di *intimidación* e quelli di *prevalimiento*.

Volendo provare a tracciare una linea di distinzione tra queste due figure, occorre verificare cosa si intendesse, prima della riforma della *Ley del solo sí es sí*, per abuso con *prevalimiento*<sup>52</sup>. Ebbene, secondo la giurisprudenza ispanica, l'ipotesi di prevalimiento veniva in rilievo in caso di «*desnivel notorio entre la posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra*

<sup>47</sup> Id., *La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso "La Manada"*, in *Revista Penal* 2019, 43, 293. L'Autore specifica che «no se trata [...] de que sea el sujeto pasivo quien determine con su personal sentimiento valorativo, cuando la intimidación puede tener el nivel suficiente de gravedad como para llegar a constituir el medio de realización de una agresión sexual o, en su caso, de una violación, sino de que el Tribunal tenga en cuenta las circunstancias personales en las que se encuentra la víctima en ese momento, que precisamente han sido utilizadas por el agresor para conseguir su propósito».

<sup>48</sup> V. P. Faraldo Cabana, *¿Intimidación o prevalimiento?*, cit.

<sup>49</sup> Cfr. F. Muñoz Conde, *La vinculación del juez*, cit., 293.

<sup>50</sup> Id., *Derecho penal. Parte especial*<sup>23</sup>, cit., 221. Anche la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* pare orientata in tal senso; già la sentenza STS 8.11.2005 n. 1291, consultata su <https://vlex.es/vid/homicidio-agresion-sexual-error-desestimacion-20113881>, aveva stabilito che «debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir».

<sup>51</sup> Cfr. P. Faraldo Cabana, E. Ramon Ribas, *op. cit.*, 257 s.

<sup>52</sup> Per un'analisi dottrinale e giurisprudenziale della figura dell'*abuso sexual por prevalimiento*, v. M. A. Morales Hernández, *La regulación penal española de los abusos sexuales con consentimiento inválido en víctimas mayores de dieciséis años*, in *Los delitos contra la libertad*, cit., 75 ss.

*en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente, y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta»<sup>53</sup>. Di conseguenza, come rilevato altresì dalla dottrina, affinché potesse parlarsi di *prevalimiento*, doveva sussistere una effettiva situazione di disequilibrio tra soggetto attivo e soggetto passivo, dipendente da qualunque causa concreta, come ad esempio una notevole differenza di età, l'esistenza di una relazione gerarchica o di un rapporto di parentela caratterizzato da un divario di forze<sup>54</sup>. Tale situazione di superiorità doveva risultare “manifesta”, ossia percepibile dall'esterno in maniera chiara ed evidente da parte di qualunque persona<sup>55</sup>. Il soggetto attivo doveva quindi approfittare e abusare della situazione di superiorità manifesta in cui si venisse a trovare per ottenere dal soggetto passivo un consenso sessuale che altrimenti non sarebbe stato fornito: dunque, a differenza che nell'aggressione, «*aquí sí hay consentimiento, pero viciado*»<sup>56</sup>. Di conseguenza, il *discrimen* tra le figure dell'*agresión por intimidación* e dell'*abuso por prevalimiento* sarebbe dipeso dalla misura dell'incidenza della pressione esercitata sulla volontà della vittima: se essa annullava la libertà della vittima, di modo che quest'ultima non avesse la possibilità di dire di no, si configurava il reato di aggressione; se limitava o riduceva la sua libertà, di modo che conservasse l'effettiva possibilità di rifiutare, si configurava il reato di abuso sessuale<sup>57</sup>.*

Tale criterio discretivo veniva, invero, adottato anche dalla giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, che in più pronunce aveva segnalato come nel delitto di *agresión sexual* «*el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado*», mentre nell'abuso con *prevalimiento* «*la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, [...] que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual*»<sup>58</sup>. In definitiva, quindi, come evidenziato nella sentenza STS 9.4.2019 n. 188, «*en el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima [...], ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente. En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada*»<sup>59</sup>.

La delimitazione del confine, così segnato, da un punto di vista puramente teorico, tra *intimidación* e *prevalimiento* non scioglieva, tuttavia, tutti i dubbi che sorgevano al momento di sussumere il caso concreto nella fattispecie di aggressione piuttosto che in quella di abuso sessuale. In effetti, dal punto di vista applicativo, risultava difficile per il giudice stabilire quando una condotta prevaricatrice avesse raggiunto un livello di gravità sufficiente da annullare totalmente la libertà di autodeterminazione della vittima, e dunque da essere qualificata come vera e propria intimidazione, e quando, invece, essa si fosse “limitata” a diminuire considerabilmente la libertà altrui, così da essere assimilata a una mera induzione. Del resto, neanche determinare quando la decisione di tipo sessuale di un adulto risultasse essere stata tanto condizionata dall'influenza altrui da doversi considerare viziata – generando

<sup>53</sup> Cfr. STS 14.2.2000 n. 170, disponibile su <https://vlex.es/vid/estupro-abuso-sexual-prevalimiento-i-15201394>.

<sup>54</sup> Cfr. P. Faraldo Cabana, E. Ramon Ribas, *op. cit.*, 258.

<sup>55</sup> M. A. Morales Hernández, *op. cit.*, 78 ss.

<sup>56</sup> Così, F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*<sup>23</sup> cit., 234.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Cfr. STS 12.4.2012 n. 305, disponibile su <https://vlex.es/vid/-436378934>.

<sup>59</sup> STS 9.4.2019 n. 188, disponibile su <https://vlex.es/vid/780125853>.

così la responsabilità per un delitto comunque grave come quello di abuso sessuale – risultava operazione semplice. Non è facile tracciare una linea netta tra l'esercizio – più o meno condizionato, sì, ma pur sempre consapevole ed effettivo – della libertà e la costrizione intollerabile: «¿cuándo se decide libremente cuando la decisión involucra una conducta tan íntima y personal como es la sexual?»<sup>60</sup>.

Probabilmente l'aporia logica si determinava nel momento stesso in cui si faceva dipendere la distinzione tra abuso e aggressione dall'esistenza o meno di un consenso, seppur viziato nel primo caso. In fondo, nell'ambito di reati volti a tutelare un bene così sensibile come la libertà di autodeterminazione sessuale, cos'è un consenso viziato se non un vero e proprio consenso mancante?

L'irragionevolezza del sistema si acuisce, poi, ove si fossero prese in considerazione le altre due ipotesi espressamente ricondotte dall'art. 180 Cp al (meno grave) delitto di abuso sessuale, ossia gli atti sessuali commessi su persona priva di sensi o della cui infermità mentale si abusasse, nonché quelli commessi annullando la libertà della vittima mediante l'uso di farmaci, droghe o qualunque altra sostanza naturale o chimica idonea a tale scopo (cd. *sumisión química*)<sup>61</sup>. Non può negarsi, in effetti, la sostanziale equivalenza, in punto di oggettiva gravità e offensività del fatto, tra tali ipotesi e quella di atti sessuali commessi con violenza o minaccia<sup>62</sup>.

Gli stessi autori contrari all'indifferenziazione tra abuso e aggressione sessuale hanno evidenziato come la catalogazione nell'ambito del delitto di abuso dell'atto sessuale realizzato somministrando alla vittima sostanze stupefacenti o simili, e annullandone così la volontà, fosse priva di fondamento<sup>63</sup>. La soppressione della volontà della vittima realizzata operando direttamente sul suo corpo deve essere considerata come una tipologia di condotta violenta e assimilata pertanto ai casi di aggressione sessuale: «*respecto a libertad sexual y al modo de anegarla no parece que haya diferencia esencial entre darle un porrazo en la cabeza a la víctima para hacerle perder el conocimiento para así manipularla sexualmente y que el porrazo sea un porrazo químico sobre su cerebro*»<sup>64</sup>.

Volgendo lo sguardo al nostro ordinamento, è interessante notare come le evidenziate problematiche non avrebbero modo di esplicitarsi in relazione al sistema italiano di tutela della libertà sessuale. In effetti, nonostante anche la disciplina nostrana, perlomeno a livello testuale, sia tuttora improntata al modello coercitivo (dando rilevanza non tanto al consenso della vittima, quanto alle modalità costrittive della condotta attiva), sussiste una sostanziale parificazione, anche in virtù dell'opera di interpretazione della Corte di Cassazione<sup>65</sup>, di tutte

<sup>60</sup> Cfr. J. A. Lascuraín Sánchez, *¿Qué es una violación?*, in [www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu) 2.10.2018, che evidenzia i due contrapposti rischi della completa negazione dell'autonomia personale di stampo paternalista – considerato che un adulto può scegliere legittimamente di avere relazioni sessuali per molti motivi, non necessariamente legati all'amore o al piacere – e della non sufficiente considerazione delle condizioni minime per l'esercizio libero di un bene giuridico fondamentale come l'autodeterminazione in campo sessuale.

<sup>61</sup> Cfr. B. Escudero García-Calderón, *La sumisión química en los delitos sexuales: antes y después de la ley del solo sí es sí*, in *La perspectiva de género en la Ley del «Solo sí es sí». Claves de la polémica*, a cura di P. García Álvarez, V. Caruso Fontán (dir.) e M. Rodríguez Ramos (coord.), A Coruña 2023, 137 ss.

<sup>62</sup> Di tale avviso anche P. Faraldo Cabana, E. Ramon Ribas, *op. cit.*, 291, che affermano: «*En lo que respecta a la regulación española, resulta difícil de explicar que sea menos grave agredir a una mujer a la que se encuentra inconsciente o a la que se coloca en esa situación (mediante la administración de sustancias para obtener la sumisión química, por ejemplo), o que por cualquier motivo de carácter físico o psicológico es incapaz de oponer resistencia, conductas que actualmente entran en el ámbito de aplicación del abuso sexual, que a la que se amenaza con violencia física*».

<sup>63</sup> In tal senso, J. A. Lascuraín Sánchez, *Delitos sexuales: ¿una reforma progresista?* In [www.almacenederecho.org](http://www.almacenederecho.org) 28.3.2020.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> In effetti, il diritto vivente sembra discostarsi in maniera sempre più decisa dalla lettera della legge, tanto che,



le tipologie di atti sessuali commessi su persona non consenziente. Innanzitutto, l'art. 609-bis co. 1 Cp equipara agli atti sessuali compiuti con violenza o minaccia quelli realizzati mediante abuso di autorità. Non solo, il co. 2 assegna la stessa pena alla violenza sessuale per induzione mediante abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto. Evidente, dunque, che i fatti sussumibili nell'ordinamento spagnolo *ante* riforma nel delitto di *abuso por prevalimiento* fossero e siano tuttora qualificabili nell'ordinamento italiano indistintamente come violenza sessuale, a seconda dei casi per costrizione ovvero per induzione.

Si ricordi, poi, che per la giurisprudenza di legittimità italiana tra le condizioni di inferiorità psichica o fisica di cui all'art. 609-bis co. 2 n. 1 Cp, rientrano «anche quelle conseguenti alla volontaria assunzione di alcolici o di stupefacenti, in quanto anche in tali casi la situazione di menomazione della vittima, a prescindere da chi l'abbia provocata, può essere strumentalizzata per il soddisfacimento degli impulsi sessuali dell'agente»<sup>66</sup>. Si aggiunga che l'ipotesi di abuso sessuale su persona completamente priva di capacità di intendere e di volere, nel caso di specie determinata dalla volontaria assunzione di sostanze alcoliche e stupefacenti, è stata recentemente ricondotta dalla Corte di Cassazione al delitto di violenza sessuale per costrizione (e non per induzione), essendo stata ritenuta integrata la violenza di cui al co. 1 dell'art. 609-bis Cp a fronte dell'assoluta impossibilità per la persona offesa di esprimere un consenso nella situazione concreta<sup>67</sup>. Infine, l'assunzione di sostanze alcoliche, narcotiche o stupefacenti provocata o agevolata dall'autore del reato e funzionalmente diretta alla realizzazione degli atti sessuali, considerata evidentemente nel sistema spagnolo *ante Ley del solo si es si* meno grave di una *agresión sexual*, costituisce nell'ordinamento italiano un'aggravante speciale, essendo espressamente richiamata dall'art. 609-ter co. 1 n. 2 Cp.

3. Le evidenziate problematiche inerenti alla disciplina spagnola dei reati sessuali previgenti sono state ben messe in luce da un recente caso giudiziario, che ha di fatto sconvolto l'opinione pubblica ispanica, raggiungendo un livello di attenzione mediatica tale da sollecitare il Governo

---

guardando alle pronunce più recenti della giurisprudenza di legittimità, si potrebbe concludere per l'adozione di fatto nel nostro paese del modello "*only yes means yes*"; impostazione che, in nome di una più incisiva tutela della persona offesa, rischia, tuttavia, di confliggere con il principio di stretta legalità: sul punto, emblematica risulta Cass. 19.4.2023, n. 19599, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), secondo cui «ai fini della consumazione del reato di violenza sessuale, è richiesta la mera mancanza del consenso, non la manifestazione del dissenso» in quanto «non è ravvisabile in alcuna fra le disposizioni legislative introdotte a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 66 del 1996, [...] un qualche indice normativo che possa imporre, a carico del soggetto passivo del reato [...] un onere, neppure implicito, di espressione del dissenso alla intromissione di soggetti terzi nella sua sfera di intimità sessuale, dovendosi al contrario ritenere [...] che tale dissenso sia da presumersi e che pertanto sia necessaria, ai fini dell'esclusione dell'offensività della condotta, una manifestazione di consenso del soggetto passivo che quand'anche non espresso, presenti segni chiari ed univoci che consentano di ritenerlo esplicitato in forma tacita»: in sostanza, nei reati contro la libertà sessuale, «il dissenso è sempre presunto, salva prova contraria». In ordine alla sostanziale *interpretatio abrogans* dei requisiti costitutivi del delitto di cui all'art. 609-bis operata dalla giurisprudenza, cfr. G. Flora, *La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna*, in *Crim* 2018, 191.

<sup>66</sup> Cfr. Cass. 13.2.2018, n. 16046, in *CEDCass.*, m. 273056.

<sup>67</sup> V. Cass. 19.1.2022, n. 7873, in *CEDCass.*, m. 282834, secondo cui «l'assunzione, da parte della persona offesa, di sostanze alcoliche o stupefacenti in quantità tali da comportare l'assoluta incapacità di esprimere il proprio consenso, rende configurabile, nei suoi confronti, il delitto di violenza sessuale per costrizione, di cui all'art. 609-bis, comma primo, cod. pen. e non quello di violenza sessuale per induzione di cui all'art. 609-bis, comma secondo, cod. pen.».

a intraprendere la strada di una riforma legislativa<sup>68</sup>. Si tratta del cd. caso de “*La Manada*”<sup>69</sup> – ossia “il branco”, dal nome della chat *whatsapp* con il quale lo stesso gruppo dei cinque uomini imputati si autodefiniva –, relativo a un attentato sessuale di gruppo realizzato nei confronti di una ragazza di appena diciott’anni a Pamplona, nella notte del 7.7.2016, durante i festeggiamenti dei *Sanfermines*.

Secondo la ricostruzione dei fatti operata nella sentenza di primo grado della Seconda Sezione dell’*Audencia Provincial de Navarra* del 20.3.2018<sup>70</sup>, i cinque giovani, di età compresa tra i 24 e i 27 anni, dopo essersi offerti di accompagnare alla sua auto la ragazza, che aveva consumato molto alcool, l’hanno condotta in una zona appartata dell’ingresso di un palazzo, dove, dopo averla circondata e spogliata, hanno compiuto con lei atti sessuali di diversa natura, tra cui penetrazioni orali, vaginali e anali. L’hanno poi lasciata lì, nuda, non senza averle prima anche sottratto il telefono. Il rapporto è stato inoltre parzialmente ripreso con il cellulare da alcuni degli stessi imputati, che hanno poi diffuso i video sui loro *social network*, amplificando così i danni causati alla giovane e causandone la rivittimizzazione<sup>71</sup>.

Come si può leggere nella sentenza di primo grado – e come dimostrerebbero le stesse immagini registrate dagli uomini – durante tutto il corso dello svolgimento dei fatti la ragazza ha assunto un atteggiamento passivo, rimanendo inerte, quasi paralizzata e con gli occhi chiusi per la maggior parte del tempo<sup>72</sup>. Trovatasi in un luogo angusto, con una sola via d’uscita, di notte, circondata da cinque uomini più grandi e dalla corporatura robusta, si è sentita

<sup>68</sup> Si sofferma criticamente sul ruolo che ha avuto la pressione sociale e mediatica sulle scelte del legislatore spagnolo I. Merenda, *La “ley del solo sí es sí”: la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell’ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it) 2024, 1, 2 s., secondo cui la riforma «fotografa con particolare chiarezza lo stato attuale della legislazione penale (non solo nostrana), sempre più condizionata dagli effetti della sovraesposizione mediatica e conseguentemente sempre più incline a cavalcare le reazioni della collettività, a fronte di eclatanti vicende di cronaca, nella prospettiva di trasformarle in strumenti di reddito politico». Dello stesso avviso J. R. Agustina, *Prólogo*, in *Comentario a la ley del “solo sí es sí”. Luces y sombras ante la reforma de los delitos sexuales introducida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre*, a cura di J. R. Agustina (coord.), Barcelona 2023, 15, che sottolinea «la influencia de los medios de comunicación social y la voz de la calle en el legislador, como expresión de un modo de hacer política criminal propio de la postmodernidad penal, en unos tiempos actuales marcados por una prevalencia de las emociones frente a la razón». Più ampiamente, in ordine alle derive populistiche della legislazione penale moderna e alla strumentalizzazione del diritto penale in chiave di rassicurazione sociale, M. Donini, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 7.9.2020, 1 ss.; G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Crim* 2013, 95 ss.; D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ivi*, 123 ss.; nonché AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, un dibattito promosso dall’Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, i cui atti sono pubblicati in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21.12.2016.

<sup>69</sup> L’estrema rilevanza del caso citato è stata messa in luce dalla dottrina spagnola, che ha dedicato numerosi contributi alle sue implicazioni giuridiche, nonché politico-legislative, sin dalla pronuncia di primo grado. Cfr. M. Acale Sánchez, *Ser o no ser (de La Manada): esta es la cuestión*, in [www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu) 25.9.2018; Id., *Cuidado, Manada, la justicia anda suelta*, in [www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu) 9.1.2019; P. Faraldo Cabana, *¿Intimidación o prevalimiento?*, cit.

<sup>70</sup> *Audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda*, 20.3.2018, n. 38, disponibile al link [https://www.diariodesevilla.es/2018/04/26/SENTENCIA\\_SUMARIO\\_426\\_DE\\_2016\\_cen.pdf?hash=e20ec174f9f8f973713214dc7e6703d33861d342](https://www.diariodesevilla.es/2018/04/26/SENTENCIA_SUMARIO_426_DE_2016_cen.pdf?hash=e20ec174f9f8f973713214dc7e6703d33861d342).

<sup>71</sup> Cfr. M. Acale Sánchez, *Ser o no ser (de La Manada)*, cit.; P. Faraldo Cabana, *¿Intimidación o prevalimiento?*, cit.; P. Faraldo Cabana, E. Ramon Ribas, *op. cit.*, 263 s.

<sup>72</sup> Come si legge a p. 16 della sentenza: «“*La denunciante*”, sintió un intenso agobio y desasosiego, que le produjo estupor y le hizo adoptar una actitud de sometimiento y pasividad, determinándole a hacer lo que los procesados le decían que hiciera, manteniendo la mayor parte del tiempo los ojos cerrados»; e ancora, a p. 60: «*La denunciante durante todo el desarrollo de la secuencia muestra un rictus ausente, mantiene durante todo el tiempo los ojos cerrados, no realiza ningún gesto ni muestra ninguna actitud que impresione de toma de iniciativa respecto de actos de índole sexual, ni de interacción con los realizados por los procesados; apreciamos que los soporta en un estado que nos sugiere, ausencia y embotamiento de sus facultades superiores*».

«*impresionada y sin capacidad de reacción*»<sup>73</sup>, in presumibile stato di *shock*. Del resto, il contesto e l'oggettiva sproporzione di forza tra le parti «era tale da far apparire vana qualsiasi opposizione»<sup>74</sup> della vittima.

I giudici di primo grado hanno qualificato tali fatti come *abuso sexual con prevalimiento*, escludendo la sussistenza del più grave reato di *agresión sexual* e condannando ciascuno degli imputati a nove anni *de prisión*, alla *inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo*<sup>75</sup>, a una misura post-penitenziaria di cinque anni di libertà vigilata, con divieto altresì di avvicinarsi alla vittima e di comunicare con lei con qualsiasi mezzo per quindici anni, nonché al pagamento congiunto di un risarcimento di 50.000 euro. Secondo l'*Audiencia Provincial* non risultavano sussistenti né la violenza né l'intimidazione, ma (solo) una situazione di superiorità manifesta di cui gli uomini hanno approfittato per abusare sessualmente della vittima, la quale dunque prestò un consenso viziato<sup>76</sup>.

Tale opzione in favore della più morbida qualificazione giuridica ha generato indignazione tra la popolazione – e in particolare tra le fila del movimento femminista – che è scesa in piazza al grido di “*Hermana, yo sí te creo*”, “*Solo sí es sí*”, “*No es abuso, es violación*”<sup>77</sup>.

Contro la pronuncia, sostanzialmente confermata in secondo grado<sup>78</sup>, si sono altresì espressi, attraverso tutti i *mass media*, vari esponenti politici, della magistratura e del mondo accademico<sup>79</sup>. L'immediata attenzione riservata al caso dai mezzi di comunicazione si spiega anche in forza della tattica difensiva adottata durante tutto il corso del processo dagli imputati, che hanno cercato di presentare la vittima come una donna dissoluta e libertina, che accetta volentieri di fare sesso con un gruppo di sconosciuti e che denuncia solo per vendicarsi del loro atteggiamento “*poco caballeroso*” nel lasciarla sola dopo il rapporto sessuale. Fu persino ingaggiato un detective privato per spiare il comportamento della ragazza sui *social network* e dimostrare che non avesse subito alcun trauma in seguito agli eventi<sup>80</sup>.

In definitiva, l'impressione che la sentenza ha suscitato nell'immaginario collettivo è quella per cui, affinché si giunga a una condanna per la forma più grave di reato sessuale, la legge e la magistratura pretendono che la vittima di uno stupro di gruppo dimostri di aver mantenuto una resistenza disperata, essendo invece il silenzio e la passività interpretati come acquiescenza, prova dell'espressione di un consenso, seppur viziato<sup>81</sup>.

Anche la dottrina spagnola si è pronunciata unanimemente in modo critico nei confronti della sentenza dell'*Audiencia Provincial*, evidenziando come la qualificazione giuridica in termini

<sup>73</sup> Ivi, 16.

<sup>74</sup> V. M. L. Mattheudakis, *op. cit.*, 284.

<sup>75</sup> Che, *ex art.* 44 Cp spagnolo, priva il condannato del diritto a essere eletto a cariche pubbliche per tutta la durata della pena.

<sup>76</sup> Cfr. C. Guisasola Lerma, *Reflexiones acerca de la relevancia penal del consentimiento: ámbito de aplicación*, in *Revista Penal* 2020, 45, 65.

<sup>77</sup> In argomento, P. Faraldo Cabana, *¿Intimidación o prevalimiento?*, cit.

<sup>78</sup> V. *Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sección Primera*, 30.11.2018, n. 8, disponibile su <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/87dff9b18a33eb6599e4e9439214f91e09a5bf53a9505b5> e commentata da M. Acale Sánchez, *Cuidado, Manada*, cit.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> *Ibidem*. In argomento, altresì, M. Acale Sánchez, P. Faraldo Cabana, *Presentación*, in *La Manada. Un antes y un después*, cit., 14 s., le quali evidenziano come «*el único juicio paralelo que ha existido en este caso ha sido el orquestado desde sus planteamientos para sentar a la víctima en el banquillo de los acusados, obligada a la demostración heroica de su inocencia, su vida de recogimiento, amén de dejar constancia de los estereotipos patriarcales que exigen a las víctimas de los delitos sexuales una consternación proporcional a la “mancilla” de su honra. Las pruebas para corroborar estos elementos de cargo sobre la vida disoluta de la víctima y presentarla como una mujer joven, libertina, con un apetito sexual feroz, recriminando su forma de ser, sus opiniones en las redes sociales, su vida antes y después de la supuesta agresión, parecen no tener límites*».

<sup>81</sup> Cfr. P. Faraldo Cabana, E. Ramon Ribas, *op. cit.*, 252.

di *abuso sexual con prevalimiento* fosse essenzialmente sconfessata dalla ricostruzione dei fatti operata dai giudici, nonché dalle argomentazioni dagli stessi utilizzate<sup>82</sup>. I fatti, come sopra ricostruiti, descrivono una situazione di assoluto assoggettamento della vittima alla volontà del “branco”, evidenziando la sussistenza di un contesto intimidatorio diffuso tale da annullare completamente la libertà di autodeterminazione della ragazza.

Invero, nella pronuncia si legge che «*la denunciante en estos dos últimos videos está agazapada, acorralada contra la pared por dos de los procesados, expresó gritos que reflejan dolor*»<sup>83</sup>. Tali grida di dolore non possono che significare la totale assenza di consenso della vittima. E ancora, «*estas imágenes evidencian que la denunciante estaba atemorizada y sometida de esta forma a la voluntad de los procesados*»<sup>84</sup> i quali l’hanno utilizzata «*como un mero objeto, para satisfacer sobre ella sus instintos sexuales*»<sup>85</sup>. Nel caso concreto, la vittima non ha avuto possibilità di scelta: l’unica alternativa possibile sarebbe stata quella di subire ugualmente la violenza sessuale, ma opponendosi e resistendo attivamente, così andando incontro verosimilmente a un male ulteriore<sup>86</sup>.

Tutti questi elementi inducono a ritenere sussistente nel caso concreto una *intimidación* di entità sufficiente da determinare l’annullamento della volontà del soggetto passivo e dunque la sussunzione del fatto nel più grave delitto di *agresión sexual*. D’altronde, come si è visto, l’*intimidación* può anche essere implicita e ricavarci dal contesto generale in cui si sono svolti i fatti. La stessa verifica della presenza di una situazione manifesta di superiorità non risulta di per sé risolutiva, potendo generare o una mera induzione, e quindi un consenso viziato, o una vera e propria coercizione, e quindi un consenso mancante.

Proprio seguendo tale ultima impostazione, il *Tribunal Supremo*, chiamato a pronunciarsi sul caso de *La Manada*, con la sentenza del 4.7.2019<sup>87</sup> è giunto a modificare la qualificazione giuridica dei fatti, condannando gli imputati per *violación* (continuata) ex artt. 178 e 179 Cp previgenti, aggravata dal carattere particolarmente degradante o vessatorio della minaccia esercitata (art. 180 co. 1 n. 1) e dall’attuazione congiunta da parte di due o più persone (art. 180 co. 1 n. 2). Per il *Tribunal* gli atti sessuali realizzati sono inquadrabili nella fattispecie di aggressione sessuale e non di abuso, atteso che dalla ricostruzione fattuale svolta si evince la sussistenza di un autentico scenario intimidatorio e la totale assenza del consenso della vittima: «*no estamos ante una intimidación menor que permita aplicar la figura del prevalimiento, sino ante una intimidación grave que debe determinar la calificación jurídica de tales hechos como agresión sexual*»<sup>88</sup>. A questo proposito la sentenza richiama il concetto di intimidazione ambientale, ricordando che l’assenza di una minaccia espressa non sempre equivale ad assenza di *intimidación* e che ai fini dell’inquadramento dell’atto sessuale non voluto nel delitto di *agresión* non occorre riscontrare una resistenza attiva da parte della vittima<sup>89</sup>.

<sup>82</sup> *Ivi*, 264 ss.; M. Acale Sánchez, *Ser o no ser (de La Manada)*, cit.; Id., *La nueva protección de la libertad sexual*, cit.

<sup>83</sup> V. Audiencia Provincial de Navarra, cit., 72.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> *Ivi*, 71 e 74.

<sup>86</sup> Di tale avviso, P. Faraldo Caban, E. Ramon Ribas, *op. cit.*, 265.

<sup>87</sup> STS 4.7.2019 n. 344, disponibile al link <https://vlex.es/vid/798365717>, su cui v., ampiamente, C. Guisasola Lerma, *op. cit.*, 66 ss.

<sup>88</sup> STS 4.7.2019 n. 344, cit., *Fundamentos de Derecho* § 5.1.

<sup>89</sup> *Ivi*, *Fundamentos de Derecho* § 5.4, ove è richiamata, inoltre, la giurisprudenza già citata in nota 41: se il soggetto attivo «*ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta*».

4. Come dimostrato dalla soluzione adottata dal supremo organo giurisdizionale nel luglio 2019 – e come già anticipato da una parte della dottrina spagnola<sup>90</sup> – non sarebbe stata necessaria una riforma della disciplina dei reati sessuali per giungere, nel caso de *La Manada*, a una pronuncia diversa da quella che aveva dato luogo alle manifestazioni di sdegno popolare. Difatti, anche nell'alveo della regolazione previgente si è potuto, infine, sussumere il fatto nel più grave delitto di *agresión sexual*. Tuttavia, il dibattito pubblico suscitato dal caso esaminato ha contribuito a far emergere i difetti della normativa anteriore, innescando il processo di revisione culminato con l'approvazione della *Ley Orgánica 10/2022 “de Garantía integral de la libertad sexual”*.

L'obiettivo della legge è garantire la piena libertà sessuale degli individui, attraverso l'adozione di misure di diverso tipo, non necessariamente repressive e legate alla materia penale, ma anche di prevenzione, sensibilizzazione, formazione e ricerca, nell'ottica di un approccio integrato e multidisciplinare<sup>91</sup>. La *Ley* contiene, infatti, norme che si occupano di aspetti sociali, economici, lavorativi, sanitari, nonché di formazione del personale occupato a vario titolo nella lotta alla violenza di genere<sup>92</sup>.

Tra i motivi ispiratori della novella, vi era la necessità, espressamente menzionata nel Preambolo della legge, di dare effettiva attuazione alle obbligazioni internazionali assunte in materia di protezione dei diritti delle donne e dei bambini a fronte di violenze sessuali. Si fa riferimento, in particolare, alla Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, adottata dal Consiglio d'Europa l'11.5.2011 ed entrata in vigore l'1.8.2014<sup>93</sup>.

In effetti, concentrando l'attenzione sugli aspetti di diritto penale della riforma, occorre rilevare come nel primo rapporto del 25.11.2020 sull'attuazione da parte della Spagna di tale Convenzione, il Gruppo di esperti sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (GREVIO) – pur riconoscendo i progressi compiuti dal Paese in questo campo – aveva incoraggiato le autorità spagnole a portare avanti le modifiche al codice penale «*with a view to ensuring the existence of an offence of rape firmly rooted in the lack of consent that is operational in practice and effectively applied by law-enforcement agencies, prosecution services and the judiciary*»<sup>94</sup>. In questo senso, venivano espressamente accolti con favore gli sforzi legislativi già in corso per centrare il concetto di stupro nell'assenza di consenso, attraverso l'eliminazione della differenza tra aggressione e abuso sessuale: «*GREVIO is hopeful that the introduction of a new offence in their stead will send the message that rape is rape and that any sexual act performed on another person without his or her freely given consent amounts to sexual violence, in accordance with Article 36 of the Istanbul Convention*»<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> Cfr. P. Faraldo Cabana, E. Ramon Ribas, *op. cit.*, 288.

<sup>91</sup> V. A. N. Pinna, *La riforma della violenza sessuale*, cit.; pone l'accento sul predominante carattere educativo e culturale della riforma, in contrapposizione all'inclinazione giustizialista della recente legislazione italiana, A. Manna, “Repressione è civiltà (\*)?” *A proposito di violenza sessuale, femminicidi e ruolo del diritto penale*, in *Giurisprudenza penale web* 2023, 10, 16 s., il quale, dopo aver passato in rassegna i vari Titoli di cui si compone la novella spagnola, arguisce che «la parte relativa alle strutture culturali, di educazione e di supporto, anche economico, alle vittime di violenza sessuale, costituisce la parte principale e, quindi, preponderante della legge organica, per cui davvero il diritto penale assume il suo ruolo più consono, cioè a dire quello di *extrema ratio*, in modo, quindi, del tutto opposto alla più recente legislazione italiana».

<sup>92</sup> Cfr. J. L. Rubido de la Torre, *op. cit.*, 3 s.

<sup>93</sup> Consultabile al link <https://rm.coe.int/1680462537>.

<sup>94</sup> GREVIO *Baseline Evaluation Report Spain*, 58, consultabile al link <https://rm.coe.int/grevio-s-report-on-spain/1680a08a9f>.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

Dando rilevanza a questa prospettiva, la *Disposición final cuarta* della *Ley Orgánica 10/2022*, intitolata “*Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*”, nel modificare, al numero *siete*, l’intero Capitolo I del Titolo VIII del Libro II del codice penale, pone al centro della nuova configurazione dei delitti sessuali la mancanza di consenso della vittima, lasciando in secondo piano le concrete modalità di commissione del fatto<sup>96</sup>. I due principali motori attraverso cui si consegue quest’obiettivo sono, da un lato, l’eliminazione della previgente distinzione tra i delitti di *agresión* e di *abuso sexual*, e, dall’altro, la nuova definizione di consenso contenuta nel riformulato co. 1 dell’art. 178 Cp.

4.1. La riforma supera l’originaria differenziazione tra i delitti di *agresión* e di *abuso sexual*, attraverso la soppressione del delitto di abuso e la riconduzione di tutte le tipologie di attentato alla libertà sessuale altrui nell’unico, riformulato, delitto di *agresión*. L’attuale art. 178 co. 1 Cp qualifica, infatti, come *agresión sexual* «*cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento*». Con un intento chiarificatore forse sovrabbondante, il nuovo co. 2 considera in ogni caso aggressione sessuale «*los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad*».

Tutte le previgenti ipotesi di abuso confluiscono, pertanto, nel nuovo reato di aggressione sessuale, realizzandosi per tale via l’equiparazione legale di tutte le condotte sessuali realizzate senza un consenso validamente prestato<sup>97</sup>. La norma, invero, richiama espressamente sia i casi di violenza e minaccia, che quelli di abuso di una situazione di superiorità<sup>98</sup> – a cui ora si aggiunge il riferimento alla situazione di vulnerabilità della vittima –, nonché le ipotesi di atti sessuali compiuti su persona priva o di sensi o comunque incapace di esprimere la propria volontà.

Per tutti questi casi la L.O. 10/2022 prevede la medesima cornice edittale. In particolare, essendo confluite in un unico delitto modalità commissive prima punite differentemente, in quanto considerate di diverso livello di gravità, si è optato per una pena compresa tra uno e quattro anni di reclusione<sup>99</sup>. Il limite massimo di pena risulta quindi ridotto per i fatti che (anche) prima costituivano aggressione sessuale (antecedentemente puniti con la reclusione da uno a cinque anni); risulta invece aumentato con riferimento ai fatti che prima venivano qualificati come abuso sessuale (per i quali la pena detentiva previgente era compresa tra uno e tre anni). Il nuovo co. 3 dell’art. 178 Cp, come sostanziale contropartita dell’appiattimento su di un’unica, indifferenziata, cornice edittale di ciascuno dei casi considerati, introduce una circostanza attenuante speciale per i casi di minore gravità, considerati tenendo conto della «*menor entidad del hecho*» e delle «*circunstancias personales del culpable*», che di fatto ricorda l’attenuante di cui al co. 3 dell’art. 609-*bis* Cp italiano.

<sup>96</sup> Così, M. Acale Sánchez, *Delitos sexuales: razones y sinrazones*, cit., 473.

<sup>97</sup> Cfr. M. V. Caruso Fontán, *¿Sólo Sí es Sí?: La reforma de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, in *Diario La Ley* 2020, 9594, 5.

<sup>98</sup> Si noti come il riferimento alla natura manifesta della situazione di superiorità dell’autore rispetto alla vittima, presente nella previgente ipotesi di abuso con *prevalimiento*, scompare nella nuova formulazione dell’art. 178 Cp. Di fatto tale soppressione non comporta un ampliamento dell’area di rilevanza penale del fatto, atteso che l’abuso con *prevalimiento* costituiva solo una delle possibili forme di abuso punite dal vecchio art. 181 Cp, in cui rientrava qualunque atto sessuale su persona non consenziente, realizzato senza l’uso di violenza o minaccia.

<sup>99</sup> Sul punto, v. C. Pérez del Valle, *La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma*, in *Diario La Ley* 2022, 10045, 4, secondo cui «*la razón de estos cambios es, precisamente, que, al estar comprendidos los casos que antes eran de abuso y que se consideran menos graves, se permite la aplicación de una pena más de acuerdo con las que se prevén en la actualidad*».

Viene mantenuta, in ogni caso, distinta l'incriminazione degli atti sessuali penetrativi attraverso il più grave delitto di *violación ex art. 179 Cp*, che tuttavia ora si applica indistintamente a tutti gli atti sessuali compiuti su persona non consenziente, a prescindere dalla sussistenza della violenza o della minaccia. Anche la forbice edittale di tale reato viene di conseguenza modificata, essendo compresa tra i quattro e i dodici anni di reclusione<sup>100</sup>.

Il riformulato art. 180 Cp modifica, altresì, la disciplina delle aggravanti speciali, oggi indistintamente applicabili ad ogni atto sessuale con persona non consenziente. Rimangono sostanzialmente invariate le aggravanti dell'attuazione congiunta del fatto di reato da parte di due o più persone (la cui estensione alle previgenti ipotesi di abuso costituisce tuttavia una rilevante novità), della particolare vulnerabilità della vittima e dell'uso di armi o altri mezzi ugualmente pericolosi.

L'aggravante della violenza o minaccia particolarmente degradante o vessatoria viene sensibilmente modificata, essendo previsto l'aumento di pena ove l'aggressione sessuale sia preceduta o accompagnata da una «*violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*» (art. 180 co. 1 n. 2). La formulazione letterale lascia intendere, dunque, che il carattere degradante o vessatorio non debba più necessariamente riferirsi agli atti di violenza; inoltre, si è cercato probabilmente di recuperare in parte la maggiore entità della sanzione prima prevista per ogni caso di violenza, attraverso il richiamo alle (sole) condotte violente di estrema gravità. L'aggravante dell'approfittamento di una relazione di superiorità o di parentela con la vittima viene rafforzata con l'inclusione dell'approfittamento di una situazione di convivenza (co. 1 n. 5).

Vengono, infine, introdotte due nuove ipotesi aggravanti: il caso in cui la vittima «*sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*»<sup>101</sup> (co. 1 n. 4); e quello in cui l'autore, per la commissione del fatto, «*haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto*». Quest'ultima condotta passa, dunque, dall'essere considerata un mero abuso, meno grave quindi di una violenza sessuale commessa con violenza o minaccia, al costituire un'ipotesi aggravata di *agresión sexual*. Si aggiunge, infine, al co. 3, che in tutti i casi previsti dal suddetto Capitolo, quando il colpevole ha approfittato della sua qualità di autorità, agente o pubblico ufficiale, si applica anche la pena della «*inhabilitación absoluta*» da sei a dodici anni<sup>102</sup>.

Una parte della dottrina spagnola ha aspramente criticato l'opzione legislativa per l'unificazione delle ipotesi di abuso e aggressione sessuale<sup>103</sup>. Si è, infatti, affermato che l'indifferenziazione delle diverse tipologie di violenza sessuale prodotta dalla riforma sarebbe contraria al principio di proporzionalità del trattamento punitivo, che imporrebbe di adeguare

<sup>100</sup> In precedenza la pena era compresa tra i sei e i dodici anni; nel caso di abuso sessuale aggravato *ex art. 181, co. 4*, la pena era invece compresa tra i quattro e i dieci anni: v. par. 2.

<sup>101</sup> Si noti come la vittima qui venga identificata in ogni caso con una donna. Rispetto a tale nuova aggravante, autorevole dottrina reputa che, non essendo specificato che l'autore debba essere un uomo, né che l'aggressione obbedisca a un contesto di dominio o sopraffazione, sia tutt'altro che scontato che l'aggressione sessuale di un partner o di un ex partner debba sempre essere considerata più grave di quella di un terzo: v. J. A. Lascuraín Sánchez, *Crítica al proyecto de reforma de los delitos sexuales: nueve enmiendas, nueve*, in [www.almacendederecho.org](http://www.almacendederecho.org) 9.5.2022.

<sup>102</sup> Detta inabilitazione era anteriormente prevista dall'art. 183 co. 5 Cp solamente per i casi di abuso e aggressione sessuale su minori di anni sedici.

<sup>103</sup> Si vedano, in particolare, le posizioni di J. L. Díez Ripollés, *Alegato contra un derecho penal sexual identitario*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2019, 21-10, 1 ss., disponibile al link <http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-10.pdf>; M. V. CARUSO FONTÁN, *op. cit.*; F. Muñoz Conde, *La vinculación del juez*, cit.; J. A. Lascuraín Sánchez, *Crítica al proyecto de reforma*, cit.

la sanzione all'effettivo disvalore penale della condotta<sup>104</sup>. Secondo tali autori, sarebbe illogico, nonché «*contraintuitivo en términos de justicia y de prevención básicas que aconsejan castigar más lo más grave y menos lo menos grave*»<sup>105</sup>, rinunciare a punire più severamente i fatti commessi con *violencia o intimidación*, atteso che tali modalità attuative implicherebbero una maggiore carica offensiva, che dovrebbe riflettersi nella risposta punitiva<sup>106</sup>.

L'unificazione dei delitti di aggressione e abuso sessuale lascerebbe, inoltre, un eccessivo margine di manovra in capo ai giudici, amplificato dall'introduzione dell'attenuante di cui al nuovo co. 3 dell'art. 178, che di fatto costituirebbe una clausola aperta, eccessivamente generica, incapace di guidare l'interprete nell'individuazione dei fatti di oggettiva maggiore gravità<sup>107</sup>. L'eccessiva latitudine della forbice edittale prescelta per alcuni dei reati considerati (si pensi alla differenza tra il minimo edittale – quattro anni – e il massimo edittale – dodici anni – prevista per la fattispecie di *violación*), lascerebbe ai giudici troppa discrezionalità nella scelta della pena, compromettendo la certezza giuridica e l'uguaglianza dei cittadini<sup>108</sup>.

Altra parte della dottrina ha invece accolto con favore la scelta di abolire l'originaria differenziazione tra le varie ipotesi di attentato alla libertà sessuale altrui<sup>109</sup>, evidenziando come per tale via si eliminino in radice i problemi di qualificazione giuridica che avevano accompagnato la vigenza della normativa anteriore. Attraverso la nuova disciplina si supera, in particolare, la «*criminógena, sutil y artificiosa diferenciación*»<sup>110</sup> tra *intimidación* e *prevalimiento* che, come visto, causava difficoltà interpretative e applicative proprio nei casi più complessi<sup>111</sup>. In questo modo, si prende atto del fatto che, nell'ambito dei reati sessuali, in realtà, la violenza inizia dove non c'è consenso, in quanto non è tanto la violenza che rivela l'assenza di consenso, quanto «*la falta de consentimiento la que define una relación sexual como violenta*»<sup>112</sup>.

<sup>104</sup> Cfr. J. L. Díez Ripollés, *op. cit.*, 10, per il quale la differenziazione tra condotte distinte «*permite captar con precisión la diferente intensidad del atentado a la libertad sufrido [...] es determinante para evaluar la lesividad de cada conducta [...], facilita el respeto del principio de seguridad jurídica a la hora de formular los diversos tipos delictivos, y permite observar el principio de proporcionalidad en el tratamiento punitivo de las diversas conductas*».

<sup>105</sup> J. A. Lascuraín Sánchez, *Crítica al proyecto de reforma*, cit.

<sup>106</sup> In tal senso, v. F. Muñoz Conde, *La vinculación del juez*, cit., 299; cfr. altresì M. V. Caruso Fontán, *op. cit.*, 7, che afferma come «*no sería lógico dejar de imponer penas más graves a aquellos casos en los que se ha utilizado violencia o intimidación, ya que el plus de desvalor que ocasiona el uso de estos medios debe reflejarse en la respuesta punitiva*».

<sup>107</sup> Sul punto, cfr. M. V. Caruso Fontán, *op. cit.*, 5, secondo cui con questa «*cláusula abierta [...] se está dejando en manos del juez un grado de decisión muy superior al que puede tener con la legislación [previgente]*»; J. L. Díez Ripollés, *op. cit.*, 13, che rileva come tale clausola, formulata «*en términos muy genéricos y con una capacidad atenuante de la responsabilidad muy potente*» ingenera «*la sospecha de que con ese precepto los propios proponentes reconocen implícitamente los excesos regulatorios en que han incidido, y los intentan paliar aun a costa de crear una notable inseguridad jurídica*».

<sup>108</sup> Così, J. A. Lascuraín Sánchez, *Crítica al proyecto de reforma*, cit., per il quale «*es regresivo o, si se permite la expresión, regresista, hacer tabula rasa de todo ello, metiendo en el mismo saco conductas de desvalor muy distinto porque, además, supone otorgar al juez un margen de elección de la pena excesivo. Mala cosa para la seguridad jurídica; para la igualdad y para la democracia*».

<sup>109</sup> Cfr., in particolare, le posizioni di M. Acale Sánchez, *Delitos sexuales: razones y sinrazones*, cit.; P. Faraldo Cabana, E. Ramon Ribas, *op. cit.*, 289; M. González Chinchilla, *op. cit.*

<sup>110</sup> Cfr. M. Acale Sánchez, *Delitos sexuales: razones y sinrazones*, cit., 478.

<sup>111</sup> Come evidenzia M. González Chinchilla, *op. cit.*, 7 «*en cualquier caso, es de agradecer que se reagrupe, bajo la concepción general de violencia sexual, y la específica de agresión, todo comportamiento que atente contra la voluntad sexual de una persona, aliviando la "carga" para el juzgador de discernir entre una figura u otra en aquellos casos de gran complejidad*».

<sup>112</sup> V. T. Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid 2003, 209.



Del resto, si è detto, l'equiparazione delle concrete modalità di realizzazione della violenza sessuale non si traduce nell'automatica equiparazione della pena nel caso concreto, non realizzandosi pertanto alcuna violazione del principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio. Ciò in quanto, al di là della possibilità per il giudice di graduare comunque la pena in relazione al fatto concreto, è stato il legislatore a prevedere delle apposite aggravanti per i fatti ritenuti di maggiore gravità. Inoltre, l'eventuale concorrente lesione di beni giuridici diversi da quello della libertà sessuale, come ad esempio l'integrità fisica, potrà ricevere adeguata risposta attraverso l'applicazione delle ordinarie regole in tema di concorso di reati<sup>113</sup>. Il nuovo art. 194-*bis* Cp, a tal proposito, sancisce espressamente che le pene previste per i reati contro la libertà sessuale sono comminate senza pregiudizio delle pene che possono essere comminate per gli atti di violenza fisica o psicologica commessi<sup>114</sup>.

4.2. La mancanza di consenso della persona offesa rappresentava anche prima della riforma un elemento costitutivo delle fattispecie incriminatrici volte a tutelare la libertà sessuale dei soggetti adulti, essendo, tra l'altro, l'unico elemento sufficiente – al di là della connotazione sessuale dell'atto – a qualificare il fatto come abuso sessuale. L'eventuale consenso validamente prestato avrebbe reso l'atto sessuale penalmente irrilevante, in quanto del tutto atipico, nel rispetto del diritto alla libera espressione della sessualità. E tuttavia, nella nuova regolazione dei reati sessuali, il concetto di consenso acquisisce un nuovo protagonismo<sup>115</sup>, essendo tutto il disvalore tipico del nuovo, unico, delitto di *agresión sexual* incentrato sull'assenza di *consentimiento*.

A tal proposito, l'art. 178 Cp, così come modificato dalla L.O. 10/2022, non si limita a stabilire che qualunque atto che attenti contro la libertà sessuale di una persona senza il suo consenso costituisce aggressione sessuale, ma si spinge altresì a fornire un'apposita definizione di consenso<sup>116</sup>. Nel co. 1 si legge, infatti, che «*sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona*». La previsione espressa delle caratteristiche che deve rivestire il consenso per escludere la tipicità del delitto di violenza sessuale ha sollevato diversi dubbi in seno alla dottrina spagnola. Ci si è chiesti, invero, se il rinnovato art. 178 Cp abbia introdotto un nuovo concetto di consenso nell'ambito delle relazioni sessuali, che potrebbe comportare una violazione dei diritti essenziali della persona indagata, come quello alla presunzione di non colpevolezza<sup>117</sup>.

In realtà, occorre precisare che la maggior parte delle critiche formulate a tal proposito dai primi commentatori erano riferite alla diversa definizione di consenso presente nell'*Anteproyecto* del 3.3.2020<sup>118</sup>, poi abbandonata nel successivo *Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* pubblicato nel *Boletín Oficial de las Cortes*

<sup>113</sup> Ciò è conseguenza della decisione legislativa di proteggere, nel Titolo VIII, la *nuda libertad sexual*, rompendo pertanto la complessità strutturale del precedente delitto di aggressione e convertendo la violenza, l'intimidazione ecc. in meri indizi dell'assenza di consenso della vittima, cfr. M. Acale Sánchez, *Delitos sexuales: razones y sinrazones*, cit., 478 s.

<sup>114</sup> Art. 194-*bis*, Código Penal: «*Las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudiera corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realizasen*».

<sup>115</sup> Cfr. M. Acale Sánchez, *Delitos sexuales: razones y sinrazones*, cit., 474.

<sup>116</sup> In argomento, v. C. Domingo Jaramillo, *El consentimiento en las agresiones sexuales a la luz del proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual*, in *Los delitos contra la libertad*, cit., 293 ss.

<sup>117</sup> Cfr. M. González Chinchilla, *op. cit.*, 2.

<sup>118</sup> V. *supra*, nota 2. Sulle differenze tra l'*Anteproyecto* e il *Proyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* si veda M. Acale Sánchez, *Delitos sexuales: razones y sinrazones*, cit.; C. Domingo Jaramillo, *op. cit.*; nonché M. González Chinchilla, *op. cit.*. Il testo dell'*Anteproyecto* può essere consultato al link <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLOGILSV2.pdf>.

*Generales* del 26.7.2021. In questa prima versione del progetto di legge si introduceva, in effetti, una definizione di *consentimiento* non particolarmente felice, caratterizzata da una doppia negazione: «*Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto*». La previsione della necessità di una volontà espressa di partecipare all'atto sessuale, manifestata attraverso atti esteriori, concludenti e inequivoci, era in linea con l'idea ispiratrice della novella, ossia il concetto per cui nelle relazioni sessuali “*solo sí es sí*”.

Tuttavia, come evidenziato da autorevole dottrina<sup>119</sup>, tale disposizione, ove interpretata in maniera letterale, avrebbe potuto comportare conseguenze inaccettabili. Invero, se interpretata come regola sostanziale volta a prescrivere cosa debba intendersi per consenso sessuale, il risultato sarebbe stato l'estensione della punibilità *ex art.* 178 Cp anche a condotte sessuali acconsentite dalla vittima, seppur attraverso un consenso non manifestato in maniera espressa o inequivoca. Difatti, tale norma, equiparando la mancanza di consenso alla mancanza di una volontà espressa, e limitando i mezzi di manifestazione della volontà agli atti che soddisfino le tre caratteristiche cumulative dell'esternalizzazione, della conclusività e dell'inequivocabilità, finirebbe per identificare la mancanza di consenso con la mancanza di atti *exteriores, concluyentes e inequívocos*<sup>120</sup>.

Si è giunti ad affermare che il progetto di riforma, non contemplando il consenso tacito quale forma di libera manifestazione della volontà, imponesse la formalizzazione di un contratto previo ed espresso per poter intrattenere relazioni sessuali penalmente irrilevanti, così evidenziando l'irrazionalità della scelta legislativa<sup>121</sup>. In questo senso, la proposta rileverebbe, altresì, un'impronta paternalistica e maschilista, sacrificando la libertà sessuale delle stesse donne che vorrebbe tutelare maggiormente, e promuovendo una visione *sacralizada e infantilizada* della sessualità femminile<sup>122</sup>.

Ove interpretata, invece, come regola processuale volta a definire quando debba considerarsi provato l'elemento tipico dell'assenza di consenso, la definizione contenuta nell'*Anteproyecto* sarebbe stata contraria al fondamentale principio della presunzione di innocenza<sup>123</sup>, riconosciuto dall'art. 24 della Costituzione spagnola e dagli artt. 6 Cedu e 48 Cdfue<sup>124</sup>. Invero,

<sup>119</sup> Di quest'opinione J. A. Lascuráin Sánchez, *Delitos sexuales: ¿una reforma progresista?*, cit.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

<sup>121</sup> Di tale avviso M. V. Caruso Fontán, *op. cit.*, 8 s., che evidenzia provocatoriamente come ciò possa tradursi in una limitazione della libertà sessuale delle persone, portando uomini e donne ad aver paura di avvicinarsi l'un l'altro per timore delle conseguenze di possibili malintesi.

<sup>122</sup> Sul punto, v. J. A. Lascuráin Sánchez, *Crítica al proyecto de reforma*, cit., che rimanda altresì al “manifesto” femminista di C. Garaizabal, L. Macaya, E. Pineda, *Objeciones feministas al actual proyecto de Ley de libertades sexuales*, in [www.elpais.com](http://www.elpais.com) 1.3.2021, secondo cui «*la petición de un sexo explicitado [...] no va a suponer una ampliación del margen de las mujeres para explorar los deseos con libertad, sino un contraproducente incremento de la regulación sexual en nombre de la libertad. La definición del consentimiento recogida en el anteproyecto [...] refuerza la imagen patriarcal tradicional de la vulnerabilidad y la fragilidad femeninas [...] y promueve una visión sacralizada e infantilizada de la sexualidad de las mujeres*».

<sup>123</sup> Cfr. J. A. Lascuráin Sánchez, *Delitos sexuales: ¿una reforma progresista?*, cit.; C. Pérez del Valle, *op. cit.*, 7 s.

<sup>124</sup> Nello specifico, l'art. 24 co. 2 della Costituzione spagnola riconosce che «*todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*». Il co. 2 dell'art. 6 Cedu recita: «Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata»; il co. 1 dell'art. 48 Cdfue, con una formulazione quasi sovrapponibile, stabilisce: «Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata». Fondamentale a tal proposito anche la Dir. 2016/343/UE del 9.3.2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo

l'originaria formulazione in negativo del concetto di *falta de consentimiento* pareva considerare presuntivamente inesistente il libero consenso alla partecipazione all'atto sessuale, a meno che tale volontà non fosse stata manifestata in maniera espressa. Di conseguenza, si sarebbe onerato l'accusato della prova dell'esistenza del consenso dell'altra persona, ossia, in definitiva, della prova della propria innocenza, con evidente sovvertimento delle basilari regole processual-penalistiche che fanno gravare sull'accusa la prova della colpevolezza, oltre ogni ragionevole dubbio, dell'imputato<sup>125</sup>. Del resto, tale interpretazione pareva confortata anche da un passaggio, breve ma significativo, contenuto originariamente nel Considerando III della *Exposición de Motivos* dell'*Anteproyecto*, ove si auspicava che la nuova configurazione tipica dell'unitario delitto di aggressione sessuale contribuisse – oltre ad evitare i rischi della vittimizzazione secondaria della vittima – a «reorientar el régimen de valoración de la prueba».

Le osservazioni critiche qui sintetizzate appaiono ridimensionate se rapportate alla versione definitiva della definizione di consenso (*supra* riportata), già contenuta nel *Proyecto* di riforma e ora confluita nell'art. 178 co. 1 Cp, così come modificato dalla L.O. 10/2022. Innanzitutto, tale norma corregge i precedenti difetti di redazione, offrendo una più chiara costruzione in positivo di ciò che debba intendersi per consenso. Inoltre, è stato eliminato il riferimento agli atti *exteriores, concluyentes e inequívocos*, così da superare i dubbi relativi alla presunta necessità di un consenso esplicito e in qualche modo “formalizzato”. Difatti, come evidenziato da attenta dottrina<sup>126</sup>, la nuova regola definitoria chiarisce che, ai fini della sussistenza del consenso, sono sufficienti atti che, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, esprimano in maniera chiara la volontà – liberamente formatasi – della persona. Non è quindi necessario che il consenso venga espresso attraverso le parole, potendo desumersi dalla normale spontaneità del sesso consensuale. In ogni caso, la volontà della vittima deve interpretarsi prendendo in considerazione il comportamento dalla stessa adottato nonché tutte le altre circostanze del caso, «*de manera que si la víctima llora o grita de dolor o de miedo, aunque guarde silencio, no está prestando su consentimiento*»<sup>127</sup>.

La dottrina maggioritaria considera, inoltre, superati i dubbi circa la compatibilità della nuova disciplina con il principio della presunzione di innocenza<sup>128</sup>, atteso che il legislatore stesso, attraverso la riformata nozione di consenso e attraverso la soppressione del riferimento nell'esposizione dei motivi al riorientamento del «*régimen de valoración de la prueba*», avrebbe palesato la volontà di mantenere fermo l'ordinario regime probatorio. Dalla lettera dell'art. 178 Cp non potrebbe desumersi alcuno spostamento dell'onere della prova in capo all'accusato, specie in considerazione della necessità di interpretare la legge conformemente ai principi fondamentali in materia di diritto e processo penale e, in particolare, alla luce del diritto

---

nei procedimenti penali, che all'art. 6, dedicato all'onere della prova, stabilisce in particolare che «gli Stati membri assicurano che l'onere di provare la colpevolezza degli indagati e imputati incomba alla pubblica accusa» e che «ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o imputato, anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta».

<sup>125</sup> In argomento, v. M. González Chinchilla, *op. cit.*, 8., che sottolinea come «*con esta interpretación, sería el investigado el que resultaría obligado a probar su propia inocencia, esto es, la concurrencia del consentimiento, descargando, por ende, a la víctima o parte acusadora de probar la inexistencia del mismo, con el evidente riesgo de subversión de las reglas básicas probatorias que rigen en nuestro derecho procesal penal, así como de quiebra del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías que consagra el artículo 24 de la Constitución*».

<sup>126</sup> V. M. Acale Sánchez, *Delitos sexuales: razones y sinrazones*, cit., 475.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> Cfr., in particolare, M. González Chinchilla, *op. cit.*, 12 ss.; M. Acale Sánchez, *Delitos sexuales: razones y sinrazones*, cit., 476 ss.; Id., *La nueva protección de la libertad sexual*, cit., 10; J. A. Tomé García, *La Ley del "solo sí es sí": consentimiento sexual y carga de la prueba*, in *La Ley Penal*, 2022, 159, 4 ss.

alla presunzione di innocenza<sup>129</sup>. In definitiva, spetta all'accusa provare che la vittima non acconsentì all'attività sessuale; nel caso in cui permanessero dubbi sulla verità dei fatti, il giudice dovrà pervenire a una sentenza assolutoria in applicazione del principio *in dubio pro reo*: «*la falta de la prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia*»<sup>130</sup>. Del resto, alla stessa conclusione deve giungersi anche nel caso di errore colposo sulla mancanza del consenso altrui – che escluderebbe il dolo, trattandosi di errore su di un elemento costitutivo del fatto di reato –, atteso che la *Ley del solo sí es sí* non ha previsto alcuna forma di responsabilità colposa per il delitto di violenza sessuale, sebbene parte della dottrina avesse auspicato l'introduzione di «*tipos específicos de atentados imprudentes a la libertad sexual*»<sup>131</sup>.

Sul punto, pare opportuno rilevare che anche parte della dottrina italiana si è espressa circa l'opportunità di introdurre nell'ambito dei reati sessuali una forma di responsabilità colposa per i casi di errore, derivante da colpa grave, sul consenso altrui<sup>132</sup>. Un'imputazione colposa di tal fatta, già conosciuta nell'ordinamento svedese (che richiede una colpa di grado elevato in termini di significativa riconoscibilità del dissenso della persona offesa) e nei paesi di *common law*, potrebbe ben sposarsi con il modello “*no means no*” di disciplina dei reati sessuali. Inoltre, l'espressa previsione di una risposta sanzionatoria proporzionata per le ipotesi di grossolana noncuranza dei segnali di manifestazione del dissenso della vittima potrebbe consentire di arginare talune poco ortodosse letture interpretative in tema di errore sul consenso che già emergono nella giurisprudenza di legittimità italiana.

La Suprema Corte ha infatti affermato, in alcune recenti sentenze, che «nei reati contro la libertà sessuale, il dissenso è sempre presunto, salva prova contraria»<sup>133</sup> e che «l'esimente putativa del consenso dell'avente diritto non è configurabile nel delitto di violenza sessuale, in quanto la mancanza del consenso costituisce requisito esplicito della fattispecie e l'errore sul dissenso si sostanzia, pertanto, in un errore inescusabile sulla legge penale»<sup>134</sup>. Ebbene, sulla compatibilità di tali assunti con i principi processual-penalistici in tema di onere della prova non possono che esprimersi forti riserve. Invero, poiché il dissenso della vittima – quale requisito essenziale implicito di fattispecie – rappresenta un elemento costitutivo del reato di violenza sessuale, la prova della sua sussistenza, nonché della relativa consapevolezza in capo all'imputato, non può che gravare sull'accusa. Inoltre, l'errore sul consenso, risolvendosi in un errore sulla sussistenza del fatto – e non sull'esistenza di una causa di

<sup>129</sup> Cfr. M. González Chinchilla, *op. cit.*, 12, secondo cui «*la regulación del consentimiento introducida en el nuevo tipo penal del artículo 178.1 no supondrá atentado alguno contra tal derecho esencial del investigado. Y ello, porque su lectura no permite extraer ningún cambio sustancial en la interpretación que ya se le venía dando a la eventual inexistencia del consentimiento derivada de la declaración de la víctima como única prueba de cargo, máxime en un sistema como el nuestro en el que la presunción de inocencia aparece bien parapetada como el principio esencial del proceso penal*».

<sup>130</sup> J. A. Tomé García, *op. cit.*, 5; in tal senso anche M. Acale Sánchez, *La nueva protección de la libertad sexual*, cit., 10, che incisivamente afferma: «*las presunciones de culpabilidad están prohibidas en nuestro derecho: la culpabilidad hay que probarla*».

<sup>131</sup> V. J. A. Lascuraín Sánchez, *¿Qué es una violación?*, cit.; Id., *Crítica al proyecto de reforma*, cit., ove si legge che «*la impunidad de los delitos sexuales con esta clase de imprudencia, es lo que creo que, como han propuesto algunos autores, debe remediarse con tipos específicos de atentados imprudentes a la libertad sexual, que existen en otros ordenamientos, como el sueco. No hacerlo nos está llevando a dos consecuencias perniciosas: o bien la impunidad de conductas altamente reprobables, o bien, aún peor, el intento judicial de evitar lo anterior catalogando como dolos lo que en realidad son imprudencias, con quiebra del principio de culpabilidad*».

<sup>132</sup> Cfr. M. L. Mattheudakis, *op. cit.*, 292 ss.

<sup>133</sup> Cfr. Cass. 10.5.2023, n. 19599, 22, in *CEDCass*, ngr. 43220/2022.

<sup>134</sup> Così Cass. 17.1.2022, n. 1559, in *CEDCass*, ngr. 19626/2021, nonché Cass. 10.5.2023, n. 19599, cit.

esclusione dell'antigiuridicità<sup>135</sup> –, rileva ai sensi dell'art. 47 co. 1 Cp, che esclude la punibilità per mancanza di dolo: non si comprende, pertanto, l'inconferente richiamo all'errore sulla legge penale effettuato dalla Corte.

Tornando alla riforma spagnola, si è visto che molti dei problemi sollevati in relazione alla nuova definizione di *consentimiento* possono considerarsi tutto sommato risolti. Cionondimeno, non può negarsi che una regola definitoria come quella contenuta nel nuovo art. 178 Cp risulti, se non dannosa, quantomeno innecessaria<sup>136</sup>. Difatti, tra gli stessi autori maggiormente favorevoli alla riforma, si è sostenuto che la nuova nozione di consenso sessuale si limiterebbe a trasporre nella lettera della legge l'interpretazione che di tale elemento era già stata fornita dalla giurisprudenza<sup>137</sup>, con ciò confermandosi implicitamente la sua inutilità. Del resto, non si può essere certi che – come anche si è affermato – tale disposizione abbia il merito di apportare maggiore certezza giuridica nel campo dei delitti sessuali<sup>138</sup>, perlomeno fino a quando di ciò non diano prova le future applicazioni giurisprudenziali.

Al contrario, altra parte della dottrina ha segnalato come, in realtà, il nuovo art. 178 Cp abbia aggiunto un rilevante elemento di novità rispetto alla tradizionale esegesi del concetto di consenso, ossia la necessità che esso sia manifestato in maniera chiara<sup>139</sup>. Tale caratteristica non è, invero, richiesta neppure dalla Convenzione di Istanbul, che all'art. 36 co. 2 stabilisce che «il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto». Pertanto, gli unici elementi essenziali da prendere in considerazione dovrebbero essere l'effettiva volontarietà e il contesto nel quale il fatto si verifica. Viceversa, il requisito della “chiarezza”, a dispetto del suo significato etimologico, non sembra apportare alcuna certezza in più sul piano probatorio.

Non si capisce, invero, quando un consenso liberamente prestato, seppur in via implicita, possa dirsi “chiaro” e quando invece debba reputarsi “non chiaro”, se si considera che già il riferimento alle circostanze del caso concreto dovrebbe essere sufficiente per fornire al giudice un quadro completo ai fini della valutazione della sussistenza o meno del consenso, e che, nel

<sup>135</sup> A tale conclusione giunge anche Cass. 31.1.2022, n. 3326, in *CEDCass*, m. 282715, che tuttavia ne fa derivare il poco condivisibile assunto secondo cui «nel caso di errore sul fatto costitutivo del reato (ossia sul dissenso), la circostanza che un soggetto abbia agito presupponendo una realtà diversa da quella effettiva non è rilevante se non risulta pienamente provata, e l'onere della prova o, quantomeno l'onere di allegazione [...], incombe sull'imputato stesso, perché l'errore sul fatto, facendo venir meno il dolo, trasferisce a carico di chi ne assume la mancanza l'onere di comprovare il relativo assunto o di allegare elementi utili a desumere la mancata integrazione di tale essenziale requisito del reato, dovendo l'agente dare conto che un fatto, da lui percepito in un determinato modo, ha fatto sorgere in lui, nonostante l'uso della normale diligenza, la ragionevole certezza dell'esistenza del consenso»: assunto che pare sovvertire il principio che vuole gravi sull'accusa l'onere della prova anche dell'elemento soggettivo del reato, e in particolare la regola stabilita dall'art. 530 co. 2 Cpp, in base al quale il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto costituisce reato.

<sup>136</sup> Di tale avviso il *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ), nel suo *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual* del 25.2.2021, 82, consultabile attraverso il link <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Garantia-Integral-de-la-Libertad-Sexual>.

<sup>137</sup> Cfr. M. Acale Sánchez, *Delitos sexuales: razones y sinrazones*, cit., 475, per cui «la redacción propuesta no plantea ningún cambio trascendental respecto a la interpretación que están haciendo nuestros tribunales: son las circunstancias del caso las que determinan la interpretación que se merezca el comportamiento de la víctima».

<sup>138</sup> *Ivi*, 477.

<sup>139</sup> Di tale opinione J. A. Tomé García, *op. cit.*, 6, che segnala come «el art. 178.1º CP no se limita a establecer en el texto de la ley la interpretación que vienen haciendo nuestros Tribunales estos últimos años, sino que va mucho más lejos, e imaginamos que, en un futuro, la aplicación del citado precepto va a provocar relevantes cambios en dicha jurisprudencia, como consecuencia de que, tras la LOGILS, “solo” se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado “de manera clara” la voluntad de la persona».

caso di dubbio, questo dovrebbe portare in ogni caso all'assoluzione dell'imputato. In definitiva, tale requisito, non meglio specificato sul piano concettuale, potrebbe risultare o del tutto inutile, in quanto incapace di apportare alcunché di nuovo rispetto alla necessità che il consenso debba prestarsi in maniera libera e volontaria e debba valutarsi in relazione al contesto di riferimento, ovvero fuorviante, in quanto potrebbe essere interpretato come implicante la necessità di una volontà in qualche modo esplicita e formalizzata. Inoltre, la chiarezza del consenso appare difficilmente riscontrabile in termini oggettivi nel processo, specie se si considera che la prova di questo elemento costitutivo dipende, nella maggior parte dei casi, unicamente dalle dichiarazioni della vittima<sup>140</sup>. Perciò, la previsione della necessità che il consenso sia espresso «*de manera clara*» potrebbe porre ulteriori problemi interpretativi, piuttosto che condurre a un'applicazione maggiormente uniforme del delitto di *agresión*.

Le predette riflessioni rendono evidente che, in realtà, il problema del consenso nei delitti sessuali non è un problema concettuale, ma un problema probatorio<sup>141</sup>. Difatti, una volta ricondotta anche l'ipotesi del consenso viziato nell'alveo dell'unitario delitto di *agresión sexual*, ed equiparato dunque il *prevalimiento* all'*intimidación*, non residuano ulteriori questioni problematiche di tipo definitorio (cosa debba intendersi per consenso). La questione più spinosa è, invece, rappresentata dalla difficoltà di accertare processualmente la sussistenza o meno del consenso della vittima. E, tuttavia, tali difficoltà con tutta probabilità non si appianeranno per effetto di una modifica legislativa; anzi, può affermarsi che «*las eventuales dificultades procesales de acreditar la ausencia de consentimiento no pueden trasladarse al ámbito de la tipicidad, mediante la incorporación de una definición normativa de un elemento típico*»<sup>142</sup>.

5. Come si è visto<sup>143</sup>, la L.O. 10/2022, oltre a modificare la configurazione tipica del delitto di violenza sessuale, ha anche rimodulato le pene stabilite sia per le ipotesi base che per le ipotesi aggravate di *agresión sexual* e di *violación* (nonché per le ipotesi aggravate di atti sessuali con minori). In conseguenza della modifica delle forbici edittali, i fatti originariamente denominati come abuso sessuale vengono puniti più severamente, mentre i fatti che sotto il vigore della precedente disciplina venivano già considerati come aggressione sessuale (ossia gli atti sessuali realizzati con violenza o minaccia) risultano puniti in maniera più blanda<sup>144</sup>. Una volta

<sup>140</sup> Circa i criteri, elaborati dalla giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, per considerare sufficiente ai fini della condanna la sola prova costituita dalla dichiarazione della vittima (*credibilidad subjetiva, verosimilitud o credibilidad objetiva e persistencia en la inculpación*), v. M. González Chinchilla, *op. cit.*, 10 ss.; nonché J. A. Tomé García, *op. cit.*, 5 ss. Sul punto, cfr. STS 12.1.2017 n. 989, disponibile al link <https://vlex.es/vid/663806437>, che precisa: «*La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, un insuficiente cumplimiento de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma [o lo que es lo mismo, por sí sola] para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre*». Per un'analisi della tematica nel contesto italiano, cfr. F. Fedorczyk, *Attendibilità della vittima e accertamento del consenso nel reato di violenza sessuale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 28.4.2020; v. altresì, *ex multis*, Cass. 27.10.2015, n. 43278, in *CEDCass*, m. 265104, secondo cui «le dichiarazioni della persona offesa - cui non si applicano le regole dettate dall'art. 192, comma terzo, cod. proc. pen. - possono essere legittimamente poste da sole a fondamento dell'affermazione di penale responsabilità dell'imputato, previa verifica, più penetrante e rigorosa rispetto a quella cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone e corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto».

<sup>141</sup> CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto*, cit., 82. Sul tema, v. altresì, C. Domingo Jaramillo, *op. cit.*, 302.

<sup>142</sup> *Ibidem*.

<sup>143</sup> V. *supra*, par. 4.1.

<sup>144</sup> Una tabella riepilogativa delle cornici edittali *ante* e *post* riforma riferibili a ciascun delitto considerato è riportata da F. G. Ruiz Yamuza, *Ley del "solo sí es sí": notas prácticas sobre la revisión de sentencias*

eliminata la differenza tra abuso e aggressione sessuale, il legislatore, nella scelta della cornice edittale da riferire unitariamente a tutte queste condotte, ha ritenuto opportuno aumentare le “distanze” tra pene minime e massime per ciascuna ipotesi – base o aggravata – considerata, di modo che i tribunali potessero adeguare meglio la pena al caso concreto<sup>145</sup>.

Si consideri, in particolare – per ciò che qui interessa –, la rimodulazione sanzionatoria dell’attentato contro la libertà sessuale altrui commesso con *violencia o intimidación*, in precedenza punito con la pena detentiva da uno a cinque anni, e da sei a dodici anni in caso di atti sessuali penetrativi. Tali ipotesi, confluendo nelle unitarie fattispecie di *agresión* e di *violación*, vengono punite, rispettivamente, in base alla L.O. 10/2022, con le pene da uno a quattro anni e da quattro a dodici anni. Il minimo edittale viene, dunque, in entrambi i casi ribassato. Analogamente accade nel caso di applicazione di circostanze aggravanti in precedenza già codificate (per quelle di nuova introduzione si pone, ovviamente, la diversa questione dell’irretroattività della *lex gravior*): qui, nel caso di atti non penetrativi la pena minima passa dai cinque ai due anni e quella massima dai dieci agli otto anni, mentre nel caso di atti penetrativi il minimo edittale passa dai dodici ai sette anni, mantenendosi il massimo edittale sui quindici anni.

Sin dall’entrata in vigore della *Ley del solo sí es sí*, la modifica del quadro sanzionatorio ha comportato delle conseguenze – a quanto pare – non volute o comunque sottovalutate dal governo spagnolo, promotore della riforma, ossia la revisione di un numero sempre crescente di condanne già passate in giudicato, con conseguente riduzione delle pene in concreto inflitte – e, in molti casi, anche scarcerazioni anticipate – per fatti di aggressione sessuale commessa con violenza o minaccia<sup>146</sup>. Con una sorta di eterogenesi dei fini, la legge manifesto delle battaglie del *solo sí es sí*, introdotta per approntare una tutela maggiore alle vittime di violenza sessuale, avrebbe finito per favorire gli autori di tali gravi delitti, causando sconcerto nell’opinione pubblica, nonché spaccature all’interno della coalizione di governo, con le opposizioni che «non si son fatte sfuggire un’arma da utilizzare contro l’esecutivo»<sup>147</sup>: un vero e proprio «effetto boomerang dal punto di vista mediatico»<sup>148</sup> per i fautori della *Ley del solo sí es sí*.

Nonostante tali “effetti indesiderati” della riforma fossero da ricondurre, secondo alcune voci politiche, all’erronea interpretazione della legge da parte dei giudici, accusati perfino di maschilismo<sup>149</sup>, la revisione massiccia delle sentenze di condanna ha costituito una conseguenza inevitabile delle modifiche (in parte) *in melius* del quadro sanzionatorio. Per comprendere a fondo la questione, è indispensabile accennare alla portata e all’importanza rivestita nel sistema penale spagnolo dal principio di retroattività favorevole.

---

*condenatorias*, in *Economist & Jurist* 2023, 267, 27.

<sup>145</sup> Così, G. Quintero Olivares, *La retroactividad y los delitos contra la libertad sexual: crónica de un desatino*, in [www.almacenederecho.org](http://www.almacenederecho.org) 27.11.2022.

<sup>146</sup> Cfr. M. Díaz y García-Conlledo, M. A. Trapero Barreales, *op. cit.*, 3. Che si trattasse di effetti “indesiderati” lo ha, invero, confermato lo stesso primo ministro spagnolo, Pedro Sánchez, che in un’intervista ha affermato: «*Creo que ningún diputado, incluso los que han votado en contra de esta ley, está a favor de rebajar las penas. Por tanto, pido perdón a las víctimas y vamos a poner una solución a estos efectos indeseados porque es la mejor manera de defender la propia ley*», cfr. *El País*, *Pedro Sánchez pide perdón a las víctimas de la ‘ley del solo sí es sí’ por sus “efectos indeseados”*, 16.4.2023. Secondo la stessa fonte, alla data del 16.4.2023, sarebbero già state 978 le riduzioni di pena accordate dai tribunali spagnoli, nonché 104 i casi di scarcerazione anticipata.

<sup>147</sup> V. E. Siniscalchi, *Violenza sessuale. Riforma e Controriforma in Spagna*, in [www.ytali.com](http://www.ytali.com) 16.2.2023. Parla di una *gran polémica* iniziata già nel mese di novembre 2023, J. L. Rubido de la Torre, *op. cit.*, 11.

<sup>148</sup> Cfr. I. Merenda, *op. cit.*, 14.

<sup>149</sup> Secondo quanto riportato da diverse testate giornalistiche, la ministra dell’Uguaglianza Irene Montero avrebbe affermato che “*el machismo puede hacer que haya jueces que interpreten erróneamente la ley*”, provocando altresì la dura reazione dell’*Asociación Profesional de la Magistratura*, cfr. C. Colón de Carvajal, *Las advertencias sobre la ley ‘solo sí es sí’ antes de que fuese aprobada*, in [www.ondacero.es](http://www.ondacero.es) 18.11.2022;

Nonostante il principio di retroattività della legge penale favorevole non sia esplicitato nella Costituzione spagnola, la giurisprudenza costituzionale l'ha considerato ricavabile *a contrario* dall'art. 9 co. 3 Cost., che consacra espressamente il principio di irretroattività delle disposizioni sanzionatorie sfavorevoli<sup>150</sup>. Sebbene tale opinione non venga condivisa da unanime dottrina, si reputa in ogni caso che il principio in parola abbia rilevanza costituzionale, deducendosi «*de otros mandatos constitucionales, como el de proporcionalidad, que proscriben las restricciones de la libertad y los derechos fundamentales cuando éstas son inútiles, innecesarias o excesivas para lograr algún fin legítimo*»<sup>151</sup>. Sarebbe, invero, insensato continuare a punire (o a punire più gravemente) fatti che, in base a una valutazione legislativa successiva, non hanno più disvalore penale (o hanno un disvalore penale minore)<sup>152</sup>.

Quanto alla portata di tale principio, occorre evidenziare che, diversamente che nell'ordinamento italiano, la retroattività della *lex mitior* è tale da travolgere il giudicato anche nelle ipotesi di mera modifica del trattamento sanzionatorio in senso più favorevole al reo. Infatti, il codice penale spagnolo non contempla una distinzione, simile a quella italiana, tra *abolitio criminis* e mera successione di leggi penali nel tempo, tale per cui solo nel primo caso l'irrevocabilità della sentenza non costituisce un limite alla piena esplicazione del principio di retroattività favorevole. L'art. 2 co. 2 del Código Penal stabilisce semplicemente che «*tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo*».

Pertanto, in qualunque ipotesi di legge successiva più favorevole al reo, non solo essa troverà applicazione in corso di giudizio, ma esplicherà effetto retroattivo anche nel caso di sentenza già passata in giudicato e in corso di esecuzione, rendendo pertanto obbligatoria la revisione della condanna conformemente al nuovo dettato legislativo. Dunque, il principio di retroattività della *lex mitior* prevarrebbe sempre su quello di «*conservación de los actos procesales*»<sup>153</sup>. A ciò si aggiunga che tale procedimento di revisione delle condanne non si instaura unicamente per effetto di una domanda di parte, dovendo lo stesso iniziarsi d'ufficio in tutti i casi in cui si reputi possibile applicare una pena inferiore conformemente alla legislazione vigente<sup>154</sup>.

Alla luce di ciò, si comprende il perché di una così massiccia opera di revisione di sentenze già passate in giudicato da parte dei tribunali spagnoli negli ultimi mesi. Del resto, tale scenario

<sup>150</sup> Cfr. G. DOMÉNECH, *El efecto trinquete del principio constitucional de retroactividad de las normas sancionadoras favorables*, in [www.almacendederecho.org](http://www.almacendederecho.org) 24.11.2022.

<sup>151</sup> *Ibidem*.

<sup>152</sup> In tal senso, v. F. Muñoz Conde, M. García Arán, *Derecho penal. Parte general*<sup>11</sup>, Valencia 2022, 131, secondo cui tale principio risponde «*a una exigencia de coherencia en la aplicación del Ordenamiento jurídico*».

<sup>153</sup> In argomento, v. J. L. Rubido De La Torre, *op. cit.*, 12; in termini generali, si veda F. Muñoz Conde, M. García Arán, *Derecho penal. Parte general*<sup>11a</sup>, cit., 132 s., che evidenzia l'ampiezza della portata dell'art. 2 co. 2 Cp: «*por supuesto, si la ley más favorable es promulgada con posterioridad a los hechos pero ante del juicio, deberá ser aplicada en la sentencia que se dicte; pero además, la ley posterior más favorable deberá desplegar efectos retroactivos incluso si ya se ha producido una sentencia firme y se está cumpliendo la condena, con lo cual en tales casos deberá dictarse una nueva resolución conteniendo los efectos derivados de la nueva ley (la extinción de la condena o la disminución de la pena). [...] Asimismo y pese a que no es compartido por la totalidad de la doctrina, los efectos retroactivos de la ley posterior más favorable deben producirse también cuando el reo ya hubiere cumplido la condena, cancelándose los correspondientes antecedentes penales. Negar tal amplitud de efectos supone interpretar de manera excesivamente formalista el enunciado del art. 2,2 Cp y restringir el espíritu del principio de retroactividad de las disposiciones beneficiosas*».

<sup>154</sup> Cfr. F. G. Ruiz Yamuza, *op. cit.*, 33, il quale sottolinea che «*debe iniciarse de oficio el procedimiento para la revisión de aquellas condenas en que se evalúe que es posible aplicar una pena inferior conforme a la versión ahora vigente del Código Penal*» e, ancora, che «*en cada Tribunal deberán, de oficio, examinarse todas las causas en principio susceptibles de revisión*».



era stato già prospettato, anche se probabilmente non adeguatamente valorizzato, dal *Consejo General del Poder Judicial* nel suo *Informe sobre el Anteproyecto* del 25.2.2021<sup>155</sup>.

La revisione generalizzata delle condanne precedenti alla legge del *solo sí es sí* che ha preso piede tra le aule di tribunale spagnole è stata, altresì, propiziata dall'assenza nella legge di riforma di disposizioni transitorie *ad hoc*, che invece si incontrano nelle precedenti leggi di riforma del sistema penale. Invero, sia nel *Código Penal* del 1995, che nelle successive leggi di modifica del sistema sanzionatorio (*Leyes Orgánicas* 22.6.2010 n. 5 e 30.3.2015 n. 1) sono presenti disposizioni transitorie specificamente dedicate al tema della revisione delle sentenze conseguente all'applicazione retroattiva delle legge più favorevole<sup>156</sup>.

In particolare, nella *disposición transitoria quinta* del *Código Penal* (ripresa espressamente anche nelle successive leggi citate) si stabilisce che «*en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código*». Pertanto, applicando tale norma, la mera comminatoria da parte di una legge successiva di una pena più favorevole non sarebbe sufficiente a imporre la revisione della sentenza irrevocabile. Ciò in quanto, ove la pena in concreto originariamente irrogata fosse in astratto suscettibile di essere inflitta anche ai sensi della nuova cornice edittale, la successiva legge non potrebbe trovare applicazione retroattiva<sup>157</sup>. Ove si ritenesse di applicare tale norma al fenomeno successorio qui in esame, si noterebbe che, prendendo ad esempio un caso di condanna a tre o a quattro anni per aggressione sessuale commessa con *violencia o intimidación*, il condannato non avrebbe diritto ad alcuna revisione “al ribasso” della pena originariamente inflitta. Ciò in quanto tale pena rientra nella nuova forbice edittale stabilita per il medesimo fatto (detenzione da uno a quattro anni). In definitiva, la revisione potrebbe, in tal caso, avere luogo soltanto ove la pena irrogata ecceda il massimo edittale previsto dalla legge successiva.

Tuttavia, la mancata inclusione nella *Ley del solo sí es sí* di una disciplina transitoria ha fatto sorgere dei dubbi circa l'applicabilità al fenomeno successorio in esame di una norma quale la *disposición transitoria quinta* del codice penale. A favore di tale soluzione si è schierata la *Fiscalía General del Estado* che, con decreto del 21.11.2022<sup>158</sup>, nel fornire a tutti gli uffici del pubblico ministero i criteri da seguire al fine di garantire una risposta uniforme al problema, ha escluso la possibilità che le sentenze vengano riviste ove la pena inflitta continui ad essere applicabile sulla base della nuova cornice edittale, richiamando in sostanza quanto stabilito dalle disposizioni transitorie del codice penale.

Al contrario, i tribunali sembrano orientati su posizioni opposte e propensi ad adottare un approccio “revisionista”<sup>159</sup>. Si è, infatti, perlopiù considerata inapplicabile la *disposición*

<sup>155</sup> CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto*, cit., 89, in cui può leggersi che «*respecto de los marcos penales proyectados cabe señalar que el anteproyecto no ofrece una justificación de los nuevos umbrales de pena previstos. Por otro lado, la reducción de los límites máximos de las penas comportará la revisión de aquellas condenas en las que se haya impuesto las penas máximas conforme la regulación vigente*».

<sup>156</sup> Sul punto, v. F. G. Ruiz Yamuza, *op. cit.*, 24 ss.

<sup>157</sup> In tema, v., in particolare, F. G. Ruiz Yamuza, *op. cit.*, 24 ss.; M. Pasquau Liaño, *¿Chapuzas legal o tribunales machistas?*, in [www.ctxt.es](http://www.ctxt.es) 18.11.2022.

<sup>158</sup> Disponibile attraverso il link <https://www.fiscal.es/-/el-fiscal-general-del-estado-dicta-un-decreto-para-unificar-criterios-de-actuaci%C3%B3n-tras-la-entrada-en-vigor-de-la-ley-org%C3%A1nica-10/2022>.

<sup>159</sup> Così, F. G. Ruiz Yamuza, *op. cit.*, 25. Si veda, a tal proposito, il documento *Acuerdos de Unificación de Criterios del Orden Penal*, adottato il 25.11.2022 dalla *Junta Sectorial de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid*, reperibile attraverso il link <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Madrid/Actividad-del-TSJ-Madrid/Unificacion-de-criterios/Audiencia-Provincial-de-Madrid--Acuerdos-de-Unificacion-de-Criterios-del-Orden-Penal--Junta-de-Magistrados-de-las-Secciones-Penales-de-25-11-2022>, che al punto primo, relativo ai “*Criterios de Revisión de sentencias en ejecución (LO 10/2022)*”, stabilisce: «*No aplicación de la DT 2ª y 5ª del CP 1995, de tal forma que, conforme a la previsión del art. 2.2 CP se aplicará siempre la norma más favorable al condenado/a, debiéndose*

*transitoria quinta* del codice penale al fenomeno successorio che ha interessato i delitti sessuali, dato che tale norma non costituirebbe una regola generale, ma solo una regola appositamente dettata per regolare il passaggio dal vecchio al nuovo codice penale<sup>160</sup>. Rappresentando essa un'eccezione alla piena operatività del principio di retroattività della legge penale favorevole, non sarebbe possibile, infatti, applicarla estensivamente – o forse sarebbe meglio dire analogicamente – ai casi qui considerati.

Anche attenta dottrina<sup>161</sup> sposa tale ultima interpretazione, evidenziando come la piena operatività del principio di retroattività della *lex mitior* imponga la verifica caso per caso dell'effettiva natura più favorevole per il reo della legge successiva, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto. Per cui, se ad esempio dalla sentenza presa in esame in evinca che nella determinazione della pena il giudice ha considerato opportuno fissare la sanzione in prossimità del minimo edittale, in sede di revisione il giudice dovrebbe rimodulare la pena riavvicinandola al nuovo minimo edittale stabilito dalla successiva legge più favorevole<sup>162</sup>.

6. Le aspre polemiche innescate dai ribassi di pena per gli autori delle più gravi forme di violenza sessuale hanno portato in pochi mesi all'approvazione di una controriforma, la *Ley Orgánica* 27.4.2023 n. 4<sup>163</sup>, volta a inasprire le pene per le ipotesi di *agresión sexual* commessa con *violencia o intimidación*. La nuova legge, proposta in febbraio attraverso la procedura parlamentare d'urgenza dal PSOE (*Partido Socialista Obrero Español*) e appoggiata dal *Partido Popular*, dopo aver superato il vaglio del *Congreso*, è stata approvata definitivamente dal *Senado* il 26.4.2023, pur senza l'appoggio di Podemos<sup>164</sup>. Che tale controriforma costituisca una sorta di “marcia indietro”<sup>165</sup> del legislatore spagnolo in risposta al clamore mediatico suscitato dalle revisioni *in melius* delle sentenze di condanna può evincersi tra le righe dello stesso Preambolo alla L.O. 4/2023, secondo cui «è importante blindare la legge a favore delle vittime ed evitare l'effetto indesiderato di una possibile applicazione dei minimi di pena previsti dalle nuove cornici edittali, che sono più ampie, in modo che nei casi gravi non vi sia la possibilità che vengano inflitte pene basse».

La L.O. 4/2023 mantiene inalterata la definizione di *consentimiento* introdotta con la L.O. 10/2022, così come la scelta di unificare le varie forme di attentato alla libertà sessuale altrui nel delitto di *agresión sexual*. Tuttavia, sia con riferimento alla fattispecie di *agresión* che con riferimento a quella di *violación*, si introduce un sottotipo aggravato per differenziare la violenza sessuale commessa «*empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que*

---

*analizar cada caso concreto*».

<sup>160</sup> V. M. Pasquau Liaño, *op. cit.*

<sup>161</sup> Cfr. G. Quintero Olivares, *La retroactividad y los delitos*, cit.

<sup>162</sup> *Ibidem*. L'autore evidenzia che «*los términos de la comparación entre la ley anterior y posterior no pueden ser fijados por el legislador haciendo abstracción de la determinación judicial de la pena, y si el Tribunal que juzgó el hecho con arreglo a la ley anterior estimó que la pena no debía superar el mínimo de su mitad inferior lo que se ha de comprobar, concretamente, es cuánta pena supone el mínimo de la mitad inferior en la nueva Ley*».

<sup>163</sup> *Ley Orgánica* 4/2023, del 27 aprile, “*para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*”, pubblicata nel *Boletín Oficial del Estado* n. 101 del 28.4.2023, e consultabile al link <https://www.boe.es/eli/es/lo/2023/04/27/4>.

<sup>164</sup> La stampa ha dato ampio risalto alla notizia, v. P. Chouza, *El Senado da luz verde definitiva a la reforma de la ley del 'solo sí es sí'*, in [www.elpais.com](http://www.elpais.com) 26.4.2023; N. López Trujillo, *Aprobada la reforma del PSOE de la ley del 'solo sí es sí': claves para entender qué cambia*, in [www.newtral.es](http://www.newtral.es) 26.4.2023.

<sup>165</sup> Così, I. Merenda, *op. cit.*, 14 ss. L'Aurice segnala ancora una volta la presenza di un «legislatore fortemente condizionato dagli umori della piazza, oscillante nelle sue decisioni in funzione della necessità contingente di placare le ansie punitive della collettività e accrescere il consenso tra i cittadini, ma sprovvisto, a monte, di una visione chiara e coerente da perseguire sul piano politico criminale».

*tenga anulada por cualquier causa su voluntad»* da quella commessa senza tali modalità. In quest'ultimo caso, la pena rimane invariata rispetto alle cornici edittali dettate dalla L.O. 10/2022. Nel caso di violenza o minaccia, o di vittima la cui volontà sia completamente annullata, invece, la pena torna a essere compresa tra uno e cinque anni per l'ipotesi base e tra sei e dodici anni in caso di atti penetrativi (*violación*)<sup>166</sup>. Si assiste, quindi, a un inasprimento del quadro sanzionatorio per le fattispecie considerate di maggiore gravità che, oltre a veicolare un messaggio "giustizialista" nell'ottica dell'esemplarità della pena, pare fornire una risposta solo simbolica all'ormai annosa questione delle revisioni delle condanne passate in giudicato. Invero, come già evidenziato dalla dottrina, tale "riforma della riforma" non eviterà eventuali ulteriori revisioni e riduzioni di pena per i reati già commessi, potendo esplicitare i suoi effetti solo in relazione ai delitti commessi sotto la sua vigenza. Difatti, non solo non sarà possibile applicare retroattivamente tale legge, attesa l'inderogabilità del fondamentale principio dell'irretroattività della legge sfavorevole, ma continuerà altresì a trovare applicazione anche per il passato, in virtù dell'art. 2 co. 2 Cp, la più favorevole disciplina intermedia introdotta con la L.O. 10/2022<sup>167</sup>.

Ci si chiede, piuttosto, se tale controriforma non rappresenti un passo indietro rispetto alle conquiste della *Ley del solo sí es sí*, una sorta di "*vuelta al Código Penal de la Manada*"<sup>168</sup>, determinando di fatto un ritorno al modello coercitivo di regolazione dei delitti sessuali. Parte della dottrina spagnola ha, invero, salutato con favore il recupero di un trattamento sanzionatorio aggravato per le ipotesi di *agresión* commesse con violenza o minaccia, considerando tale *diferenciación* una necessità tecnica essenziale ai fini del rispetto del principio di proporzionalità<sup>169</sup>. Altri autori, invece, si sono espressi in maniera fortemente critica rispetto alla L.O. 4/2023, reputando che con la stessa si torni a mettere la *violencia y la intimidación* al centro della regolamentazione dei delitti sessuali<sup>170</sup>.

In effetti, il fatto che non si sia tornati nominalmente alla distinzione tra abuso e aggressione sessuale, e che si sia mantenuta la fattispecie unitaria di *agresión sexual*, non significa che non venga nuovamente dato risalto alla verifica della sussistenza della violenza o della minaccia come più gravi modalità commissive. Lo scopo della legge del *solo sí es sí* era equiparare, non solo formalmente ma anche sostanzialmente, tutti gli atti sessuali non consensuali, veicolando il messaggio per cui il bene giuridico della libertà sessuale, in assenza di consenso della vittima, viene leso allo stesso modo sia che si utilizzi sia che non si utilizzi violenza. Si evitava in tal modo di attribuire importanza all'atteggiamento della vittima e, in particolare, all'accertamento di una sua resistenza attiva.

<sup>166</sup> Cfr. N. López Trujillo, *Aprobado el dictamen de la reforma de la ley del 'solo sí es sí' que diferencia entre agresión con o sin violencia e intimidación*, in [www.newtral.es](http://www.newtral.es) 18.4.2023.

<sup>167</sup> Lo riconosce nel Preambolo la stessa L.O. 2023, in cui si può leggere: «*Es importante advertir que esta reforma solo puede ser de futuro, al haber quedado consolidada la nueva realidad normativa, de manera irreversible, por efecto de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, tanto para los delitos cometidos antes de la entrada en vigor de esa Ley Orgánica como para los que se hayan perpetrado bajo la vigencia de la misma. Esto es una consecuencia del artículo 25 de la Constitución Española y del principio constitucional de la retroactividad de la ley penal más favorable contenido en el artículo 9.3 de dicha Ley Fundamental*»; in questi termini, già prima dell'approvazione della nuova legge, G. Quintero Olivares, *La retroactividad y los delitos*, cit.; Id., *La contrarreforma de los delitos contra la libertad sexual*, in [www.globalpoliticsandlaw.com](http://www.globalpoliticsandlaw.com) 6.2.2023. Sull'efficacia in generale delle *leyes intermedias* v. F. Muñoz Conde, M. García Arán, *Derecho penal. Parte general*<sup>11</sup>, cit., 137.

<sup>168</sup> Si interrogano diffusamente su tale profilo, riportando varie voci dottrinali, M. Díaz y García-Conlledo, M. A. Traperó Barreales, *op. cit.*, 8 ss.

<sup>169</sup> Cfr. P. Lloria García, *El gatopardismo y la reforma del 'solo sí es sí'*, in [www.iustel.com](http://www.iustel.com) 10.2.2023; G. Quintero Olivares, *La contrarreforma de los delitos*, cit.

<sup>170</sup> Di tale avviso, in particolare, M. Acale Sánchez, *Tratamiento de la sumisión química en la jurisprudencia*, in *Comentario a la ley del "solo sí es sí"*, cit., 137 ss.

Ora, con l'aumento delle pene previste per i casi di violenza o minaccia, si sta evidentemente ancora una volta rigettando il paradigma puramente consensualistico: *«si se le otorga más importancia a la violencia en el tipo básico, implica que la gravedad de la lesión a la libertad sexual va a depender de si hubo una lesión también en la integridad física»*<sup>171</sup>. Quanto tale inversione di rotta inciderà sull'effettività della tutela delle vittime di violenza sessuale potrà dirlo solo la futura applicazione giurisprudenziale.

---

<sup>171</sup> Questa l'opinione della Prof.ssa Patricia Lorenzo, ordinaria di diritto penale presso l'Universidad de Málaga, riportata da N. López Trujillo, *Aprobada la reforma del PSOE*, cit.

## COMMENTO AL D.LGS. 129 DEL 2024 DI ATTUAZIONE DEL REGOLAMENTO UE SUI MERCATI DELLE CRIPTO-ATTIVITÀ'. LE NOVITÀ SUL VERSANTE PENALISTICO E AMMINISTRATIVO PUNITIVO\*

di Jacopo Della Torre e Gabriele Pontepirino (*Professore associato di Diritto processuale penale, Università di Genova; Assegnista di ricerca in Diritto penale, Università di Genova*)

Il saggio analizza le novità introdotte sul versante sanzionatorio dal d.lgs. n. 129 del 2024, che adegua la normativa nazionale al Regolamento MiCAR (*Markets in Crypto-Assets Regulation*), primo *corpus* normativo euro-unitario interamente dedicato alla disciplina del mercato delle cripto-attività. Il decreto ricorre in maniera estremamente contenuta allo strumento penalistico classico (esso contempla soltanto una nuova fattispecie delittuosa), privilegiando l'impiego del diritto amministrativo punitivo, ritenuto più graduabile ed efficace dello *ius terribile*. All'analisi delle nuove figure di illecito tipizzate dalla Novella, seguono alcune riflessioni critiche in merito alla necessità di potenziare le attività di prevenzione e contrasto alle cripto-attività aventi carattere illecito, fermo restando il rispetto degli *standard* garantistici costituzionali ed euro-convenzionali.

The article analyses the sanctioning innovations introduced by Legislative Decree no. 129/2024, which adapts national legislation to MiCAR, the first European Union legislative act entirely dedicated to regulating the crypto-assets market. The decree makes extremely limited use of criminal law (it only provides for a new offence), preferring the use of administrative sanctions, which are considered more gradual and effective than criminal law. The analysis of the new offences provided for by the new law is followed by some critical observations on the need to strengthen the prevention and the fight against crypto-activities of an illicit nature, in the necessary respect of Constitutional and European guarantee standards.

SOMMARIO: 1. Prologo. – 2. Il contesto – 3. Definizioni e ambito applicativo. – 4. Il delitto di abusivismo: quadro operativo e anatomia della fattispecie. – 4.1. *Segue...* e i suoi incerti margini applicativi: i rapporti con l'abusivismo finanziario. – 5. Le sanzioni amministrative per enti e persone fisiche. – 5.1. Alcuni rilievi critici sul ricorso all'illecito amministrativo punitivo. – 6. Conclusioni.

1. Con il d.lgs. 5.9.2024 n. 129 il Governo ha inteso adeguare l'ordinamento italiano al Regolamento 1114/2023/UE, relativo ai mercati delle cripto-attività (c.d. MiCA)<sup>1</sup>. Trattasi, come noto, di un intervento che si colloca nel più generale contesto delle misure approvate

---

\* Il presente elaborato si inserisce nell'ambito del progetto “PRIN 2022 PNRR – Progetto: CRYPTOSAFE (*Towards a safe seizure and confiscation of crypto-assets in criminal proceedings*)”. Codice progetto P2022HW85A; CUP D53D23022280001. *Principal Investigator*: Prof. Jacopo Della Torre.

Pur essendo il frutto di una riflessione congiunta, Jacopo Della Torre ha redatto i parr. 1, 2, 3, 5.1 e 6, mentre Gabriele Pontepirino i parr. 4, 4.1 e 5.

<sup>1</sup> Per un'analisi di più ampio spettro del Regolamento MiCA, nella già cospicua bibliografia, si rimanda alle collettanee a cura di M. Nicotra, F. Sarzana di S. Ippolito e M. Simbula, *Il Micar. Guida al regolamento europeo sui mercati delle cripto*, Milano 2023 e di S. Capaccioli, M.T. Giordano, *Crypto-asset: Regolamento MiCA e DLT pilot regime*, Milano 2023; R. Razzante, *Il panorama delle regole UE su blockchain e crypto asset*, in *Notariato* 2023, 579 ss.; I. Avagna, *Regolamentazione delle cripto-attività: lo scenario comunitario*, in *Amm. & Fin.* 2024, 1 ss.; A. Ciaccia, *Cripto attività: stabilite nuove regole per chi emette e più tutele per chi investe*, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it), 14.9.2024; A. Pantaleo, *Cripto attività: qual è il procedimento autorizzativo dei prestatori di servizi*, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it), 20.7.2023.

dall'Unione in materia di finanza digitale<sup>2</sup>. Un ambito, quest'ultimo, avente dimensione globale e in continuo sviluppo, ma ancora scarsamente regolato<sup>3</sup>. Difatti, se in particolare per quanto concerne il contrasto al *money laundering* e al finanziamento del terrorismo il legislatore dell'Unione, così come quello interno, si erano già da tempo dimostrati particolarmente sensibili<sup>4</sup>, per contro, le modalità di emissione, di offerta al pubblico, di negoziazione e la prestazione di servizi per le cripto-attività non erano finora oggetto di una specifica disciplina.

Il vuoto normativo risultava, tuttavia, intollerabile, non solo per i rischi che ciò determinava a livello di stabilità finanziaria dei Paesi membri, dato l'enorme flusso di asset virtuali scambiati ogni giorno<sup>5</sup>, ma anche da una prospettiva più strettamente penalistica.

Ciò risulta chiaro se solo si considera che la peculiare fisionomia delle transazioni di valori basate sulla tecnologia del c.d. "registro-distribuito" (c.d. *blockchain*)<sup>6</sup> – caratterizzate da un

<sup>2</sup> Ci riferiamo al *Digital Finance Package* proposto dalla Commissione europea il 24 settembre al 2020, al fine di «stimolare la competitività e l'innovazione europee nel settore finanziario, creando le basi perché l'Europa possa definire le norme in questo settore a livello mondiale» (cfr. il Comunicato Stampa della Commissione Europea del 24.9.2020, in [www.ec.europa.eu/commission](http://www.ec.europa.eu/commission)). Esso prevede l'implementazione delle «strategie per la finanza digitale e per i pagamenti al dettaglio», nonché una serie di «proposte legislative sulle cripto-attività e la resilienza digitale». Tra quelle recentemente approvate segnaliamo: il Regolamento 2554/2022/UE, relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario (c.d. DORA); il Regolamento 858/2022/UE (relativo a un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia a registro distribuito); la Direttiva 2022/2556/UE (che modifica le direttive 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2013/36/UE, 2014/59/UE, 2014/65/UE, (UE) 2015/2366 e (UE) 2016/2341 per quanto riguarda la resilienza operativa digitale per il settore finanziario) ed appunto il MiCAR. Per un'analisi complessiva del *Digital Finance Package*: C.M. Stiefmüller, *Analysis of the EU Digital Finance package – A New Finance Watch Report*, in [www.finance-watch.org](http://www.finance-watch.org), 18.10.2021.

<sup>3</sup> Sul ricorrente accostamento tra le cripto-attività e le corse all'oro del vecchio *West*, v., tra gli altri, F. Consulich, *Nella wunderkammer del legislatore penale contemporaneo: monete virtuali che causano danni reali*, in *DPP* 2022, 153, che denunciava una vera e propria «latitanza della legge».

<sup>4</sup> Cfr., al riguardo, il § 2. Che questo settore rimanga una priorità è dimostrato dalla recente approvazione del nuovo *AML Package*, pubblicato sulla G.U. dell'Unione il 19.6.2024, e destinato a divenire completamente operativo il 10.7.2029 è composto dalla VI Direttiva antiriciclaggio (Direttiva 2024/1640/UE), dal Regolamento antiriciclaggio (il Regolamento 1624/2024/UE, c.d. *single rulebook*, relativo alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo) e dal Regolamento *AMLA* (Regolamento 1620/2024/UE), che istituisce l'Autorità per la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo. Per una visione d'insieme, v. R. Razzante, *Antiriciclaggio: in arrivo Sesta direttiva e codice unico europeo*, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it), 1.2.2024; M. Da Rold, *Strategia antiriciclaggio e rischio penale per gli intermediari di criptomonete*, in *questa Rivista*, 14.6.2024, nonché, *amplius*, G. Soana, *The anti money laundering regulation of crypto-assets in Europe*, Milano 2024.

<sup>5</sup> Stando alle più recenti statistiche, nel novembre 2024 il mercato globale delle criptovalute ha raggiunto un valore superiore a tremila miliardi di dollari ([https://www.ilsole24ore.com/art/criptovalute-italia-64percento-un-anno-ecco-regole-consigli-e-rischi-AGdeSUTB?refresh\\_ce=1](https://www.ilsole24ore.com/art/criptovalute-italia-64percento-un-anno-ecco-regole-consigli-e-rischi-AGdeSUTB?refresh_ce=1)).

<sup>6</sup> Art. 3, co 1, n. 2 del MiCAR, ove tale concetto viene definito come «un archivio di informazioni in cui sono registrate le operazioni e che è condiviso da una serie di nodi di rete DLT ed è sincronizzato tra di essi, mediante l'utilizzo di un meccanismo di consenso». Come giustamente insiste G. Soana, *op. cit.*, 62 s., la peculiarità principale che caratterizza le cripto-attività è quella di poter operare in modo potenzialmente *decentralizzato*, venendo cioè scambiate sulla rete senza la necessaria presenza di intermediari come le banche, a cui venga affidato il compito di controllare la validità delle transazioni (e, in particolare, la mancata "doppia spesa" delle somme). Ciò è reso possibile dal fatto che sono direttamente gli operatori della rete (in particolare i c.d. "minatori") a validare le stesse: essi, tramite l'applicazione di determinati algoritmi del consenso, verificano che i vari passaggi di valore siano coerenti con i precedenti blocchi della catena di transazioni, assicurando così affidabilità all'intero sistema. Ed è proprio da questa prospettiva che si coglie il senso del termine "*blockchain*", cioè l'infrastruttura tecnologica chiave del mondo in esame, che rappresenta, per l'appunto, una catena di blocchi di spese via via compiute. Per una completa disamina dell'apparato tecnologico sottostante le cripto-attività cfr. N. Furneaux, *Investigating Cryptocurrencies. Understanding, extracting, and analyzing blockchain evidence*, Chichester 2018, 1 ss.

carattere tendenzialmente pseudo-anonimo<sup>7</sup>, nonché dalla capacità di muovere, in un brevissimo arco di tempo, grandi somme da una parte all'altra del globo, evitando le reti di controllo degli intermediari finanziari tradizionali – le rende particolarmente appetibili per i *bad actors*<sup>8</sup>, con un conseguente grave pericolo di moltiplicazione degli episodi di «criminalità finanziaria»<sup>9</sup> e non solo<sup>10</sup>. Del resto, onde dimostrare tale assunto, è sufficiente ricordare che, secondo le stime più accreditate, dal 2021 in poi la quantità di asset di questo tipo legate a traffici illeciti avrebbe sempre superato i 20 miliardi di dollari all'anno<sup>11</sup>. Quel che è peggio è che stime come queste vanno lette fortemente al ribasso: infatti, le stesse prendono in esame soltanto le transazioni che coinvolgono i “portafogli digitali”<sup>12</sup> di cui è già riconosciuta l'appartenenza ad attori criminali, di modo che vi è una grande “cifra oscura” di flussi criminosi, che non vengono neppure prese in considerazione dai più analitici report del settore. In questo contesto, le finalità perseguite dal MiCAR sono chiare: introdurre una disciplina uniforme, volta, tanto a favorire lo sviluppo della finanza digitale, in modo conforme a una concorrenza leale, quanto a proteggere i detentori di *crypto-assets* e a garantire la stabilità del mercato. Si tratta di scopi perseguiti, innanzitutto, ponendo in capo degli operatori del settore una dettagliata serie di obblighi, il cui mancato rispetto deve essere prontamente sanzionato dalle Autorità competenti<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Sebbene le transazioni di molte cripto-valute, tra cui *in primis* il *bitcoin*, siano liberamente osservabili da chiunque in rete, esse sono, però, coperte da un velo di anonimato, giacché ogni transazione è identificata solamente da una stringa di numeri e lettere (c.d. *hash*), senza che compaia il nominativo del titolare dell'indirizzo di invio e di destinazione del denaro virtuale. Ciò non rende, tuttavia, tali transazioni totalmente anonime: infatti, come accenneremo in seguito, tramite diverse tecniche investigative (sia tradizionali, sia *ad hoc*), si può cercare di risalire alle generalità di coloro che svolgono le transazioni, de-anonimizzandole. Su tali aspetti, v. D. Carlisle, *The Crypto Launderers. Crime and Cryptocurrencies from the Dark Web to DeFi and Beyond*, Chichester 2024, 39 ss.

<sup>8</sup> A ben vedere, tali strumenti hanno esaudito quello che era da sempre un sogno dei gruppi criminali: essi consentono di effettuare pagamenti digitali, pressoché istantanei, in tutto il mondo, senza passare per gli intermediari finanziari ordinari. Senza contare che le criptovalute consentono di ovviare anche ad alcuni dei maggiori inconvenienti che caratterizzano il denaro contante: quali, per l'appunto, la sua fisicità e la possibilità di identificare, a certe condizioni, le singole banconote utilizzate.

<sup>9</sup> Cfr. Regolamento 1114/2023/UE, Considerando 5.

<sup>10</sup> Per una recente panoramica delle plurime fattispecie di reato che possono avere a oggetto cripto-attività, cfr., il Report di Europol, *Cryptocurrencies: tracing the evolution of Criminal finances*, in [www.europol.europa.eu](http://www.europol.europa.eu), dove si specifica che «*the criminal use of cryptocurrency is no longer primarily confined to cybercrime activities, but now relates to all types of crime that require the transmission of monetary value*». Nella dottrina italiana, v. M. Naddeo, *Criptovalute: profili di rilevanza penale*, in *PenaleDP* 2022; N. Mainieri, N. Di Gabriele, *Utilizzi a scopi illeciti delle criptovalute: recenti profili giurisprudenziali e normativi italiani ed internazionali e riferimento al mercato degli NFT*, in *Giur. pen. web* 6/2022, 1 ss.; M. Fazio, *Reati di riciclaggio e operazioni in criptovalute*, in *DPenCont-Riv. trim.* 2/2022, 160 ss.; R.M. Vadalà, *La disciplina penale degli usi ed abusi delle valute virtuali*, in *Riv. dir. internet* 2020, 397 ss.

<sup>11</sup> È quanto emerge dalle stime di *Chainalysis*, secondo cui nel solo 2023 gli *asset* legati a traffici illeciti avrebbero un valore (sempre stimato al ribasso) di ben 24.2 miliardi di dollari. Cfr. il Report di *Chainalysis, Crypto Crime Trends: Illicit Activity Down as Scamming and Stolen Funds Fall, But Ransomware and Darknet Markets See Growth*, in [www.chainalysis.com](http://www.chainalysis.com), 18.1.2024.

<sup>12</sup> È opportuno ricordare che per “spendere” (scambiare) le cripto-attività è indispensabile avere un “portafoglio virtuale” (c.d. *wallet*), cioè uno strumento che contiene le chiavi che consentono a livello tecnico la transazione. Le transazioni si basano, più in particolare, su un sistema di “criptografia asimmetrica”, il quale necessita di due diverse tipologie di “chiavi”: c'è una “chiave pubblica”, che serve per generare gli indirizzi dove ricevere le criptovalute e per crittografare i dati della transazione, e una “chiave privata”, che ha la funzione di autorizzare la spesa (possiamo paragonarla a un PIN bancario). Sul punto, cfr. la chiara spiegazione tecnica di G. Soana, *op. cit.*, 41 ss.

<sup>13</sup> M.T. Paracampo, *I prestatori di servizi per le cripto-attività. Tra mifidizzazione della MICA e tokenizzazione della Mifid*, Torino 2023, 143 ss. Nitido l'affresco di A. Galimberti, *Cripto, finisce l'era dell'anonimato e del nero (e forse anche quella dei crac)*, in [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com), 7.9.2024 secondo cui, con l'avvento del MiCAR,

La stessa filosofia di fondo caratterizza le disposizioni contenute nel d.lgs. 129/2024<sup>14</sup>, che si compone di 48 articoli suddivisi in 6 titoli, attraverso cui viene data attuazione alle parti del MiCAR non direttamente applicabili sul territorio nazionale.

In estrema sintesi:

- i) il titolo I (artt. 1 e 2) individua l'oggetto e alcune definizioni, rinviando – per il resto – a quelle contenute nel TUF, nel TUB e nel Regolamento MiCA;
- ii) il titolo II (artt. 3-10) individua la Consob e la Banca di Italia quali autorità nazionali titolari di poteri di vigilanza, di indagine e sanzionatori, deputate, tra l'altro, nell'ambito delle rispettive competenze<sup>15</sup>, a emanare le disposizioni attuative del medesimo decreto e del Regolamento UE.
- iii) il titolo III prevede una serie di disposizioni speciali applicabili nei confronti degli emittenti dei *token* collegati ad attività (Capo I, artt. 19-25)<sup>16</sup> e dei prestatori di servizi per le cripto attività (Capo II, artt. 26-29);
- iv) il titolo IV, su cui ci soffermeremo nel prosieguo, è invece quello dedicato alle sanzioni, di natura penale (art. 30) ed amministrativa (artt. 31-36) applicabili nei confronti degli operatori sul mercato delle cripto-attività (persone fisiche e persone giuridiche) che contravvengono agli obblighi autorizzativi, di trasparenza e di controllo prescritti dal Regolamento e dai decreti attuativi o che pongono in essere condotte manipolatorie del mercato;
- v) da ultimo, il titolo V e il titolo VI prevedono, rispettivamente, alcune disposizioni di coordinamento (artt. 38-44), nonché transitorie e finali (artt. 45-48).

Tanto premesso, prima di procedere a una disamina delle novità più strettamente penalistiche introdotte dal d.lgs. 129/2024, è opportuno fornire un quadro del sistema in cui tali norme si collocano, così da meglio definire il loro orizzonte applicativo.

2. Il primo dato su cui va concentrata l'attenzione è che l'approvazione del Regolamento MiCA rappresenta, a livello europeo, solo un tassello di un percorso evolutivo ben più ampio che ha interessato il settore delle cripto-attività<sup>17</sup>.

A tale riguardo, può in questa sede solo osservarsi come un ruolo propulsivo cruciale sia stato assunto dal Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI), cioè la principale organizzazione intergovernativa che si occupa di sviluppare *standard* globali in materia di integrità finanziaria, contrasto al riciclaggio, al finanziamento al terrorismo e alla proliferazione di armi di distruzione di massa. Come noto, siffatta autorità, sulla scia di indicazioni provenienti tanto da istituzioni statunitensi<sup>18</sup>, quanto europee<sup>19</sup>, ha elaborato un

---

«il mondo delle criptovalute e dei *crypto-assets* entra definitivamente nell'età adulta, quella che dovrebbe evitare il ripetersi di cavalcate speculative, crac miliardari e miriadi di sprovveduti investitori scottati da evitabili, facili appetiti».

<sup>14</sup> Per ripercorrere le novità introdotte dal d.lgs. 129, si rimanda a: F. Sarzana di S. Ippolito, M. Nicotra, *Intelligenza artificiale, blockchain e criptovalute*, Milano 2024, 136 ss.; G. Lemme, *Criptovalute e riciclaggio: un rapporto troppo facile*, in *Dialoghi di diritto dell'economia* 2024, 1 ss.; U. Piattelli, S. Caruso e G. Rulli, *Cripto-attività e MiCAR: riflessioni sul decreto di adeguamento*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 17.9.2024.

<sup>15</sup> Per la ripartizione delle quali si veda la *Nota di sintesi Consob/Banca d'Italia. Riparto di competenze tra Consob e Banca d'Italia nell'applicazione di MiCAR*, in [www.consob.it](http://www.consob.it), 29.10.2024.

<sup>16</sup> Trattasi degli *asset-referenced token*, di seguito ART, che – a norma dell'art. 3 co. 1 n. 6 – vengono definiti come «un tipo di cripto-attività che non è un *token* di moneta elettronica e che mira a mantenere un valore stabile facendo riferimento a un altro valore o diritto o a una combinazione dei due, comprese una o più valute ufficiali».

<sup>17</sup> Per una dettagliata analisi diacronica di tale evoluzione, v. G. Soana, *op. cit.*, 69 ss.

<sup>18</sup> Cfr., al riguardo, D. Carlisle, *op. cit.*, 30 s., il quale ricostruisce il ruolo sul punto avuto dall'*US Treasury Department's Financial Crimes Enforcement Network* (c.d. *FinCEN*).

<sup>19</sup> Non va, del resto, dimenticato che già la Banca Centrale Europea (BCE) aveva avuto occasione di mettere in guardia gli Stati membri dai possibili rischi di distorsione del mercato connessi all'impiego di una moneta virtuale



primo *report* sulle *virtual currencies* già nel 2014<sup>20</sup>, seguito da una *guidance* nel 2015<sup>21</sup>, con i quali veniva sostanzialmente auspicato un intervento normativo volto a dettare delle prime regole in tema di criptovalute, il cui mercato è esploso a livello globale a seguito del grande successo avuto dal *Bitcoin* nel primo quinquennio degli anni Dieci del Duemila<sup>22</sup>.

Pur trattandosi di atti aventi natura non vincolante (*soft law*), i provvedimenti adottati dal GAFI hanno rappresentato, sin da allora, il “modello” seguito dal legislatore europeo nell’approntare una regolamentazione della materia. Onde rendersi conto di ciò, è sufficiente considerare come il primo atto volto a disciplinare compiutamente questo settore – ovverosia la Quinta Direttiva antiriciclaggio (Direttiva 2018/843/UE)<sup>23</sup> – rappresenti, in sostanza, una replica aggiornata dei contenuti e delle indicazioni provenienti dal predetto organismo internazionale<sup>24</sup>. Pur non essendo questa la sede per un’analisi dettagliata del provvedimento eurounitario da ultimo citato<sup>25</sup>, preme qui rilevare come esso abbia inaugurato una prima, importante, fase di reazione sovranazionale nei confronti del fenomeno della criminalità avente ad oggetto le criptovalute<sup>26</sup>. Da questa prospettiva, la principale strategia impiegata è stata quella di rafforzare l’insieme dei presidi antiriciclaggio, adeguandoli, per quanto possibile, al mondo delle monete virtuali<sup>27</sup>. Nella disciplina in materia è stata, infatti, individuata la chiave di volta per intercettare i flussi di transazioni illecite che hanno a oggetto tali beni. Si considerino, ad esempio, le norme che hanno obbligato a rispettare i tradizionali vincoli antiriciclaggio gli *exchanges*, cioè, quegli operatori che svolgono il ruolo cruciale di cambiavalute tra denaro FIAT e valute elettroniche e/o viceversa. Così facendo, il legislatore ha perseguito l’idea per cui, attribuendo degli obblighi di controllo a tali organi, si sarebbe riusciti a intercettare i flussi criminali; e ciò dato l’ovvio interesse dei criminali nel convertire le criptovalute in denaro avente corso legale.

Va osservato, al riguardo, come le suddette indicazioni provenienti dal livello eurounitario siano state prontamente recepite sul versante nazionale. Ciò è avvenuto dapprima con il d.lgs.

---

completamente decentralizzata e gestita da soggetti privati. Cfr., ad esempio, ECB, *Virtual Currency Schemes*, 2012; ECB, *Virtual Currency Schemes – A further analysis*, 2015.

<sup>20</sup> GAFI, *Report “Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks”*, 2014.

<sup>21</sup> GAFI, *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Currencies*, 2015

<sup>22</sup> Il fenomeno in esame, pur essendosi sviluppato esponenzialmente a partire dal 2008 in poi, ha radici ben più risalenti, rintracciabili in un movimento di pensiero, denominato *Cypherpunk*, sviluppatosi negli Stati Uniti già negli anni Ottanta del Novecento, il quale aveva tra i suoi obiettivi primari quello di sfruttare la rivoluzione tecnologica in atto per favorire lo sviluppo di forme di: a) comunicazioni criptate; b) transazioni economiche anonime; c) piattaforme dove pubblicare atti governativi coperti da segreto. Tuttavia, la svolta si è avuta solo nel 2008 con la creazione del *Bitcoin* da parte di “Satoshi Nakamoto” (si tratta di uno pseudonimo). Il momento non è casuale: si tratta del periodo in cui era scoppiata la grande crisi finanziaria globale, dovuta al fallimento di grandi banche americane come la Lehman Brothers. La crisi del 2007-2008 è stata vista come la dimostrazione del fallimento della politica finanziaria globale, basata sugli intermediari bancari tradizionali. Essa ha favorito il lancio di un nuovo mezzo di pagamento digitale, per l’appunto il *Bitcoin*, il quale ha portato poi negli anni successivi a un successo globale l’intero mondo delle cripto-attività.

<sup>23</sup> Invero, un primo tentativo si ebbe già con Direttiva 2015/849/UE (cd. IV Direttiva antiriciclaggio), la quale, però, non assoggettava gli operatori del settore delle criptovalute agli obblighi previsti dalla normativa in tema di antiriciclaggio: cfr. G.P. Accini, *Cybersecurity e criptovalute. Profili di rilevanza penale dopo la Quinta Direttiva*, in *SP* 15.5.2020.

<sup>24</sup> Cfr. G. Soana, *op. cit.*, 124 ss.

<sup>25</sup> Si vedano G.P. Accini, *op.cit.*; R.M. Vadalà, *op. cit.*

<sup>26</sup> Così A. Di Giorgio, *NFT e antiriciclaggio, ecco le regole e il loro impatto sulle piattaforme di scambio dei token*, in *www.agendadigitale.eu*, 21.12.2022; A. Conso, L. Martinotti, *Antiriciclaggio e criptovalute: le anticipazioni alla V Direttiva AML*, in *www.dirittobancario.it*, 26.4.2018.

<sup>27</sup> Come sottolinea G. Soana, *Obblighi di prevenzione del riciclaggio e criptoattività. Interventi legislativi ed opportunità regolamentari*, in *ODCC* 2022, fascicolo speciale, 472, «le criptovalute [...] nel bypassare la necessità per gli utenti di avvalersi di intermediari negli scambi di valore digitale, intaccano la premessa fattuale su cui è basata la normativa antiriciclaggio - per scambiare valore online è necessario avvalersi di un intermediario – diminuendone fortemente la coerenza concreta».

90/2017 – che ha individuato tra i soggetti obbligati ai fini antiriciclaggio tutti i prestatori di servizi di conversione di valute virtuali in valute aventi corso forzoso – e, in seguito, con il d.lgs. 125/2019, di attuazione della Quinta Direttiva antiriciclaggio<sup>28</sup>. Quest'ultimo, in particolare, si è spinto – per una volta – ben oltre il contenuto degli atti sovranazionali: esso non si è limitato, infatti, a modificare nuovamente la definizione di valuta virtuale, ma ha anche lodevolmente esteso gli obblighi in esame, oltrech  ai «prestatori di servizi di portafoglio digitale», pure ai «prestatori di servizio all'utilizzo di valute virtuali», intesi come tutti coloro che prestano «servizi di emissione, collocamento, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, negoziazione, intermediazione delle valute»<sup>29</sup>.

Epper , nonostante gli sforzi profusi a livello europeo e nazionale, deve darsi conto del fatto che siffatta prima serie di norme non era di certo sufficiente a contenere i rischi criminogeni degli strumenti in esame. Sfruttando la rapida evoluzione che caratterizza il settore delle cripto-attivit , i *bad actors* hanno, invero, ben presto sviluppato varie strategie idonee ad aggirare i presidi di tutela approntati dal legislatore in materia di antiriciclaggio. Da un lato, si considerino, a mero titolo esemplificativo, l'implementazione di strumenti sempre pi  sofisticati volti ad offuscare le transazioni e farle apparire “lecite” (tanto sotto forma di *mixers*<sup>30</sup>, quanto di creazione di criptovalute incentrate sulla *privacy*<sup>31</sup>), l'impiego di prestanome o, ancora, l'utilizzo di cambiavalute collocati in giurisdizioni non conformi con gli obblighi *AML*<sup>32</sup>. Da un altro lato, si pensi al fatto che non solo i comuni cittadini<sup>33</sup>, ma anche i principali prestatori di servizio del settore hanno finito per essere al centro di un numero sempre maggiore di gravi attacchi *hacker* da parte di organizzazioni criminose<sup>34</sup>, interessate a impossessarsi, mediante mezzi fraudolenti, di enormi somme di denaro degli investitori. Si collocano, del resto, su questa scia, i fallimenti di grandi *exchanges* come “FTX”<sup>35</sup> o di *stablecoins* come “Terra Luna”<sup>36</sup>, i quali hanno causato perdite su scala globale per miliardi di dollari, minacciando cos  a cascata la stabilit  dell'intero mercato finanziario.

A fronte di tali problematiche,   stata inaugurata quella che   stata giustamente definita la “seconda era” nell'ambito della disciplina europea del fenomeno delle cripto-attivit <sup>37</sup>, volta a intercettare – almeno in parte – la profonda evoluzione che ha interessato il mercato delle

<sup>28</sup> Un terzo *step* chiave si   avuto con il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze 13.1.2022, il quale, attuando quanto previsto dal d.lgs. 125/2019, aveva esteso l'obbligo di iscrizione, in una sezione speciale del registro dell'Organismo Agenti e Mediatori, anche ai prestatori di servizio all'utilizzo di valute virtuali, obbligandoli a trasmettere periodicamente informazioni sulle operazioni eseguite e attribuendo degli specifici poteri di controllo alla Guardia di Finanza.

<sup>29</sup> Art. 1, co. 1, lett. *f* del d.lgs. 4.10.2019 n. 125.

<sup>30</sup> Trattasi di strumenti che consentono agli utenti di oscurare la cronologia delle proprie transazioni, aggregando un certo numero di trasferimenti e quindi mischiando l'origine e la destinazione dei pagamenti effettuati: cfr. A. Jakubenko, e altri, *Anonymization Technologies of Cryptocurrency Transactions as Money Laundering Instrument*, in *KnE Social Sciences*, 2018, 48.

<sup>31</sup> Si pensi a *Dash* o al *Monero*.

<sup>32</sup> Per un'ampia panoramica di tali strategie elusive, cfr. il report della societ  Elliptic, *Preventing Financial Crime in Cryptoassets*, Edition 2024, in [www.elliptic.com](http://www.elliptic.com).

<sup>33</sup> Per i privati, una delle minacce principali   costituita dai c.d. attacchi *ransomware*, cio  forme di estorsioni virtuali tramite virus informatici, in cui il riscatto viene chiesto, molte volte, proprio in criptovalute. V., al riguardo, D. Carlisle, *op. cit.*, 97 ss.

<sup>34</sup> Merita di essere ricordato, al riguardo, il celeberrimo attacco *hacker* compiuto nei confronti di Mt. Gox nel 2011, all'epoca il pi  grande *exchange* di Bitcoin, che ne ha favorito il fallimento pochi anni dopo.

<sup>35</sup> <https://www.milanofinanza.it/news/crack-ftx-la-lettera-dei-debitori-spiega-il-perche-del-fallimento-quando-si-perdeva-traccia-del-denaro-202304101315271156>.

<sup>36</sup> <https://youngplatform.com/blog/news/riassunto-disastro-terra-luna/>.

<sup>37</sup> Cfr. G. Soana, *op. cit.*, 134 ss.

cripto-attività a seguito della nascita di *Ethereum*<sup>38</sup> e delle altre migliaia di *altcoins*<sup>39</sup>, peraltro alquanto eterogenee tra loro, che sono andate a sommarsi al *Bitcoin*. Pure in tale frangente, un ruolo di prim'ordine è stato assunto dal GAFI che, già tra il 2018 e il 2019<sup>40</sup>, ha elaborato una serie di linee guida, dando avvio a una nuova macro-ondata regolativa imperniata, non solo sul contrasto al fenomeno del riciclaggio, ma, più in generale, sull'individuazione di obblighi di trasparenza e di informativa per l'emissione e l'offerta al pubblico di cripto-attività, nonché una migliore vigilanza sui *service provider* e, ancora, una più adeguata protezione del mercato e degli investitori.

Ed è così che si è giunti all'approvazione del Regolamento MiCA, al quale si affianca, come accennato, un più articolato pacchetto di misure approvate dalle istituzioni europee tra il 2023 e il 2024<sup>41</sup>, al fine di offrire un quadro armonizzato più completo per i mercati delle «cripto-attività» nell'Unione europea «non ancora coperti da atti legislativi dell'Unione in materia di servizi finanziari»<sup>42</sup>. Per quanto qui rileva, va segnalato che il principale tassello della disciplina UE in materia, che fa il paio con il MiCAR, è rappresentato dal Regolamento 1113/2023/UE, riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e determinate cripto-attività (c.d. *Transfer of Funds Regulation recast – TFR*), il quale ha esteso ai prestatori di servizi di cripto-attività tutti gli obblighi antiriciclaggio che ricadono sugli intermediari finanziari<sup>43</sup>, e ha modificato le definizioni di cripto-attività e dei prestatori di servizi per le cripto-attività presenti nella Direttiva 2015/849/UE (la IV Direttiva antiriciclaggio), uniformandole a quelle fornite dal MiCAR<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> Ethereum è una *blockchain* lanciata nel 2014 da Vitalik Buterin: C. Dannen, *Introducing Ethereum and Solidity: Foundations of Cryptocurrency and Blockchain Programming for Beginners*, New York, 2017.

<sup>39</sup> Con tale espressione si allude generalmente a tutte le criptovalute alternative al *Bitcoin*.

<sup>40</sup> GAFI, *Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, 2018; GAFI, *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, 2019.

<sup>41</sup> Ci si riferisce al: i) Regolamento 1113/2023/UE; ii) Regolamento 1624/2024/UE; iii) Direttiva 2024/1260/UE.

<sup>42</sup> Considerando n. 5.

<sup>43</sup> Non è questa la sede per esaminare le fattispecie delittuose applicabili nei confronti dei prestatori di servizi per le cripto-attività. Si rimanda, nell'ormai ampia bibliografia, a: G.J. Sicignano, *Bitcoin e riciclaggio*, Torino 2019; Id., *231 e criptovalute. La responsabilità da reato dell'ente nel riciclaggio mediante monete virtuali*, Milano 2021; A. Rosato, *Profili penali delle criptovalute*, in *Quaderni di CRST (Centro Ricerca Sicurezza e Terrorismo)* 2021; M. Naddeo, *op. cit.*; Id., *Nuove frontiere del risparmio. Bit Coin Exchange e rischio penale*, in *DPP* 2019, 99 ss.; G.P. Accinni, *op. cit.*, 209 ss.; R.M. Vadalà, *Criptovalute e cyberlaundering: novità antiriciclaggio nell'attesa del recepimento della Direttiva (UE) 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale*, in *SP* 6.5.2020; S. Vitale, *Riciclaggio e prevedibilità della risposta penale: interpretazioni giurisprudenziali dubbie e soluzioni de iure condendo*, in *RivTrim-DPenEc.* 2021, 639 ss.; G. Diotallevi, *Riciclaggio, autoriciclaggio (...ed altro ancora) nel tempo della moneta virtuale e della cybersicurezza*, in *QG* 9.10.2024, 1 ss.; L. Picotti, *Profili penali del Cyberlaundering: le nuove tecniche di riciclaggio*, in *RivTrim-DPenEc.* 2018, 1121 ss.

<sup>44</sup> Per quanto concerne l'adeguamento del diritto interno a tali prescrizioni, è attualmente al vaglio delle Camere lo schema di decreto legislativo approvato in via preliminare dal Consiglio dei ministri il 29.10.2024 (Atto del governo n. 227. Schema di decreto legislativo recante adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento 1113/2023/UE, 11.7.2024, reperibile in [www.camera.it](http://www.camera.it), che interviene, tra l'altro, sul d.lgs. 21.11.2007 n. 231 (c.d. decreto antiriciclaggio), assoggettando i prestatori di servizi per le cripto-attività al regime di controllo e sanzionatorio degli intermediari bancari e finanziari, nell'ottica di un complessivo rafforzamento degli strumenti di contrasto al riciclaggio con riguardo ai *crypto-assets*. L'idea di fondo è quella di avvalersi dei soggetti che operano professionalmente sulle piattaforme di cripto-attività – su tutti, *exchange* e *wallet provider* –, imponendo loro più articolati obblighi di identificazione della clientela, così da ridurre l'opacità del sistema e, con essa, la potenzialità offensiva connaturata all'utilizzo di criptovalute. Un'opzione del genere è per molti versi obbligata: l'impiego della tecnologia a registro distribuito (DLT) rende obiettivamente imprescindibile la collaborazione dei prestatori di servizi di cripto-attività, che non di rado costituiscono il principale punto di contatto attraverso cui le persone accedono al mondo virtuale, divenendo – pertanto – logicamente i primi interlocutori degli organi statuali ed europei deputati alla lotta «al riciclaggio di denaro sporco» e al contrasto di altre attività illecite. A quanto emerge da una cursoria lettura dello Schema di decreto, non è previsto l'inserimento

Vale la pena di precisare che il cambio di prospettiva adottato dalle istituzioni europee dopo l'approvazione del MiCAR emerge proprio da un'analisi di tipo linguistico-lessicale<sup>45</sup>. Onde descrivere il fenomeno che qui ci occupa, il GAFI, nel primo *report* del 2014, aveva impiegato l'espressione «*virtual currencies*»<sup>46</sup>, all'evidenza parametrata sulla tipologia di mercato di criptovalute allora esistente, costituito principalmente dal *Bitcoin*<sup>47</sup>. Ben presto, però, ci si è resi conto che la presenza di ulteriori strumenti aveva reso tale locuzione inadeguata, incapace di ricomprendere tutte quelle nuove operazioni realizzabili sfruttando la tecnologia *blockchain*. Si è passati, così, all'impiego di locuzioni più generali, come quella di «*virtual asset*»<sup>48</sup>, fino a coniare, con l'approvazione del Regolamento MiCA, un'espressione omnicomprensiva, quale, per l'appunto, quella di «*crypto-asset*», ovvero «la rappresentazione digitale di un valore o di un diritto che può essere trasferito e memorizzato elettronicamente, utilizzando la tecnologia a registro distribuito o una tecnologia analogica»<sup>49</sup>.

Ciò detto, occorre sottolineare come la nuova regolamentazione approntata a livello europeo abbia importanti riflessi pure sul versante penalistico e amministrativo-punitivo. L'esperienza maturata a seguito dei plurimi *crack* finanziari di grossi operatori del settore delle cripto-attività degli ultimi anni, a cui si è fatto cenno, ha, invero, dimostrato che la mancanza di norme chiare e puntuali in materia risultava pericolosa anche per i rischi che ciò determinava a livello «di abuso di mercato e di criminalità finanziaria»<sup>50</sup>. Di talché, era evidentemente necessario correre ai ripari, non solo cercando di gettare le basi per una migliore regolazione generale del mercato

---

di nuove figure delittuose: i «prestatori di servizi per le cripto-attività» – categoria in cui, a seguito delle modifiche, rientreranno sia i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, sia i prestatori di servizi di portafoglio digitale, potranno eventualmente essere chiamati a rispondere ai sensi dell'art. 55 del d.lgs. 231/2007.

<sup>45</sup> Insiste giustamente sul punto G. Soana, *op. cit.*, 134 ss.

<sup>46</sup> Definita come «*a digital representation of value that can be digitally traded and functions as (1) a medium of exchange; and/or (2) a unit of account; and/or (3) a store of value, but does not have legal tender status (i.e., when tendered to a creditor, is a valid and legal offer of payment) in any jurisdiction*» (GAFI, *Report "Virtual Currencies. Key definitions and potential AML/CFT risks"*, cit.). Al riguardo, si precisa altresì che «*virtual currency is distinguished from fiat currency (a.k.a. "real currency," "real money," or "national currency"), which is the coin and paper money of a country that is designated as its legal tender; circulates; and is customarily used and accepted as a medium of exchange in the issuing country. It is distinct from e-money, which is a digital representation of fiat currency used to electronically transfer value denominated in fiat currency. E-money is a digital transfer mechanism for fiat currency—i.e., it electronically transfers value that has legal tender status*».

<sup>47</sup> Pure il legislatore italiano ha seguito tale impostazione: v. art. 2, co. 1, lett. *qq* del d.lgs. 21.11.2007 n. 231; art. 1, co. 2, lett. *qq* del d.lgs. 25.5.2017 n. 90, ove si fa riferimento alla «rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'Autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità di investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente»; art. 1, lett. *d* del d.lgs. 8.11.2021 n. 184, stabilisce che «agli effetti della legge penale», il concetto di «valuta virtuale» sia inteso come «una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è legata necessariamente a una valuta legalmente istituita e non possiede lo status giuridico di valuta o denaro, ma è accettata da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio, e che può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente».

<sup>48</sup> Ovverosia, una «*digital representation of value that can be digitally traded, or transferred, and can be used for payment or investment purposes. Virtual assets do not include digital representations of fiat currencies, securities and other financial assets that are already covered elsewhere in the FATF Recommendations*» (GAFI, *Glossary: Virtual Asset*, all'indirizzo <https://www.fatf-gafi.org/glossary/u-z/>). In termini non dissimili si esprime pure la Direttiva 2018/843/UE, ove la «*virtual currency*» è definita come «*a digital representation of value that is not issued or guaranteed by a central bank or a public authority, is not necessarily attached to a legally established currency and does not possess a legal status of currency or money, but is accepted by natural or legal persons as a means of exchange and which can be transferred, stored, and traded electronically*».

<sup>49</sup> Art. 3 co.1 n. 5. Cfr. D. Masi, *Le criptoattività: proposte di qualificazione giuridica e primi approcci regolatori*, in *Banca Impresa Società* 2021, 241 ss.; P. Carriere, *Il fenomeno delle cripto-attività (crypto-assets) in una prospettiva societaria*, in *Banca Impresa Società* 2020, 461 ss.

<sup>50</sup> Considerando n. 4 del MiCAR.

delle cripto-attività, ma anche mediante la strutturazione di un adeguato apparato repressivo, volto a presidiarne l'effettivo rispetto nella prassi delle sue linee portanti.

Come avremo modo di vedere meglio in seguito, quanto ai mezzi di realizzazione di un tale apparato, l'art. 111 del Regolamento MiCA, a differenza di quanto è avvenuto in altri settori<sup>51</sup> – ha, tuttavia, scelto di lasciare ai singoli ordinamenti ampi margini di manovra, essendo loro demandata la valutazione in merito all'opportunità di fare ricorso o meno allo strumento del diritto penale sostanziale. Il legislatore europeo si è, più in particolare, limitato a prescrivere ai singoli Stati membri l'adozione di «sanzioni amministrative e altre misure amministrative adeguate» a reprimere una serie di violazioni, individuate mediante un puntuale rinvio a specifiche disposizioni regolamentari, fissando l'ammontare minimo delle stesse. Allo stesso tempo, però, la normativa europea ha espressamente fatto salva la possibilità, da parte dei singoli Paesi, di impiegare lo strumento penalistico, allorché lo stesso fosse considerato necessario. Ebbene, come meglio vedremo nel prosieguo della trattazione, facendo propria tale linea operativa di fondo, ispirata da una condivisibile logica di *extrema ratio* dello *ius terribile*, il nostro ordinamento, con il d.lgs. 5.9.2024 n. 129, si è limitato a introdurre una singola fattispecie delittuosa che reprime talune ipotesi di mancato rispetto della disciplina autorizzativa prescritta dal MiCAR, privilegiando, per il resto, almeno sulla carta, la strada dell'illecito amministrativo.

3. Così brevemente inquadrato il contesto nel quale si inserisce il MiCAR e il relativo decreto legislativo di adeguamento, occorre ora richiamare alcune definizioni contenute in detti provvedimenti, necessarie onde poter apprezzare compiutamente i risvolti sul versante penalistico.

Al riguardo, si è già detto come il Regolamento assuma a proprio cardine la nozione di «cripto-attività». All'interno di questa macrocategoria, invero, è possibile distinguere quelle cripto-attività qualificabili come strumenti finanziari (così definiti nella Direttiva 2014/65/UE), rispetto alle quali l'Unione europea ha già approntato una disciplina *ad hoc* (*Markets in Financial Instruments Directive*)<sup>52</sup>, e quelle che non lo sono. È solamente con riguardo a queste ultime che il MiCAR è destinato a trovare applicazione<sup>53</sup>.

Più in dettaglio, la normativa in esame individua tre differenti tipologie di cripto-attività, le quali sono soggette a discipline autorizzative diversificate, in ragione dei differenti rischi che esse comportano<sup>54</sup>. Il principale fattore di rischio valorizzato a livello europeo si basa, in particolare, sul fatto che il singolo *asset* di riferimento stabilizzi o meno il proprio valore con riguardo ad altri valori pre-individuati<sup>55</sup>. Il che non può stupire tenuto conto dei gravi rischi per la finanza globale, messi in rilievo a più voci negli ultimi anni, determinati dalle cosiddette *stablecoins*<sup>56</sup>.

Nella prima classe sono annoverati i cd. «token di moneta elettronica» (*e-money token* – EMT), i quali mirano a «mantenere un valore stabile facendo riferimento al valore di una valuta ufficiale [come l'euro o il dollaro]»<sup>57</sup>. Al pari di qualunque altra «moneta elettronica»<sup>58</sup>, essi

<sup>51</sup> Si pensi alla disciplina sul mercato mobiliare, ove il legislatore euro-unitario ha notoriamente imposto pregnanti obblighi di tutela penale (specie in relazione alla punibilità degli abusi di mercato).

<sup>52</sup> Considerando n. 3.

<sup>53</sup> Considerando n. 4. Cfr. M. Cian, *La nozione di criptoattività nella prospettiva del MiCAR. Dallo strumento finanziario al token, e ritorno*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale* 2022, 60.

<sup>54</sup> Considerando n. 18.

<sup>55</sup> E. Franza, *La Regolamentazione dei Cripto-Asset. MiCA un primo passo*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 13.9.2024.

<sup>56</sup> K. Duan, A. Urquhart, *The instability of stablecoins*, in *Finance Research Letters*, 2023, 52, 1 ss.

<sup>57</sup> Art. 3 co. 1 n. 7.

<sup>58</sup> Definita dall'art. 2 co. 1 n. 2 della Direttiva 2009/110/CE come «il valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti

sono equiparabili a dei surrogati elettronici di valute e banconote “analogiche” e, dunque, possono essere impiegati, ad esempio, per effettuare pagamenti<sup>59</sup>.

Il secondo tipo di cripto-attività viene identificato nei cd. «*token* collegati ad attività» (*asset-referenced token* – ART), che mirano a «mantenere un valore stabile facendo riferimento a un altro valore o diritto o a una combinazione dei due, comprese una o più valute ufficiali»<sup>60</sup>. Anch’essi, invero, possono assolvere le funzioni di mezzo di pagamento per l’acquisto di beni e servizi, atteso il loro ancoraggio a un paniere di valute e/o di attività<sup>61</sup>.

Infine, in una terza categoria, avente carattere residuale, vengono ricondotte tutte quelle cripto-attività – cd. *other than* – diverse da EMT e ART, quali, ad esempio, gli «*utility token*», strumenti destinati «unicamente a fornire l’accesso a un bene o a un servizio prestato dal suo emittente»<sup>62</sup>.

Il secondo concetto di base della disciplina è quello di «prestatore di servizi per le cripto-attività»<sup>63</sup> (*Crypto-Assets Service Providers* – CASP).

Il Regolamento circoscrive tale locuzione a «una persona giuridica o altra impresa la cui occupazione o attività consiste nella prestazione di uno o più servizi per le cripto-attività ai clienti su base professionale e che è autorizzata a prestare servizi per le cripto-attività conformemente all’art. 59» del MiCAR. In linea generale, può trattarsi tanto di un soggetto che opera tradizionalmente nel settore delle cripto – quale un *wallet service provider* o un cambiavalute –, quanto di una diversa impresa che presta un servizio di investimento avente ad oggetto cripto-attività<sup>64</sup>. A ben vedere, siamo al cospetto di un *genus* molto ampio, all’interno del quale è possibile distinguere diverse *species*. I primi commentatori<sup>65</sup> hanno individuato, difatti, tre diverse categorie, a seconda del regime di accesso al mercato: *i*) «prestatori su richiesta», i quali sono sottoposti a una procedura autorizzativa “ordinaria” per operare nel settore, prevista agli artt. 59 ss. del MiCAR; *ii*) «prestatori di diritto europeo», richiamati all’art. 60 del MiCAR, che, potendo già usufruire di una sorta di «passaporto europeo»<sup>66</sup> conseguito ai sensi di un’altra normativa in materia finanziaria, sono esenti dall’ordinaria procedura di autorizzazione; *iii*) «prestatori di diritto nazionale», cioè soggetti che, ai sensi dell’art. 143 del Regolamento, godono di un regime di esenzione temporanea ed eventualmente di una procedura di autorizzazione semplificata.

Così fornite alcune definizioni di base, deve da subito darsi conto di una delle principali ombre della disciplina di nuovo conio, costituita dalla difficoltà nell’individuare con precisione l’ambito applicativo del MiCAR e del relativo decreto legislativo di adeguamento.

Al riguardo, va anzitutto osservato come il legislatore europeo abbia adottato un approccio «in negativo»<sup>67</sup>, orientato, cioè, a un criterio di residualità e imperniato sul principio di neutralità tecnologica. In breve: devono ritenersi disciplinate dal MiCAR solamente quelle cripto-attività non rientranti nella vigente legislazione dell’UE in materia di mercati e servizi finanziari,

---

dell’emittente che sia emesso dietro ricevimento di fondi per effettuare operazioni di pagamento ai sensi dell’articolo 4, punto 5), della Direttiva 2007/64/CE e che sia accettato da persone fisiche o giuridiche diverse dall’emittente di moneta elettronica».

<sup>59</sup> M. Cian, *op. cit.*, 66.

<sup>60</sup> Art. 3 co. 1 n. 6.

<sup>61</sup> F. Ciraolo, *La disciplina degli e-money tokens tra proposta di Regolamento MiCA e normativa sui servizi di pagamento. Problematiche regolatorie e possibili soluzioni*, in *Riv. reg. merc.* 2022, 251 s.

<sup>62</sup> Art. 3 co. 1 n. 9.

<sup>63</sup> Art. 3 co. 1 n. 15.

<sup>64</sup> S.L. Furnari, *La finanza decentralizzata: cripto-attività, protocolli, questioni giuridiche aperte*, Roma 2023, 94.

<sup>65</sup> M.T. Paracampo, *op. cit.*, 19 ss.

<sup>66</sup> M.T. Paracampo, *op. cit.*, 19.

<sup>67</sup> M.T. Paracampo, *op. cit.*, 6.

indipendentemente dalla tecnologia utilizzata per la loro emissione o il loro trasferimento. Un tanto emerge, in maniera inequivoca, dalla lettura del considerando n. 9, ove vengono esplicitamente escluse dalla sfera di operatività del Regolamento tutte quelle cripto-attività «qualificabili come strumenti finanziari quali definiti dalla Direttiva 2014/65/UE, quelle qualificabili come depositi quali definiti dalla Direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, compresi i depositi strutturati quali definiti dalla Direttiva 2014/65/UE, quelle qualificabili come fondi quali definiti dalla direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio, eccetto ove siano qualificabili come *token* di moneta elettronica». Lo stesso art. 2, rubricato «ambito di applicazione», si premura di individuare una serie di ipotesi in cui il Regolamento non è destinato ad operare, tra le quali vengono menzionate proprio le cripto-attività che rientrano nella nozione di «strumento finanziario».

L'adozione di una siffatta strategia ha, però, sollevato prevedibili voci critiche in letteratura<sup>68</sup> (e non solo<sup>69</sup>), attesa la difficoltà, in concreto, nello stabilire se la singola fattispecie di volta in volta considerata debba essere qualificata prevalentemente come strumento finanziario, ovvero come cripto-attività<sup>70</sup>. Tutto ciò assume un significativo rilievo pratico se solo si pensi al quesito circa la necessità di applicare il Regolamento MiCA alle criptovalute in senso proprio, quali *Bitcoin* e simili<sup>71</sup>. L'incertezza, in termini di qualificazione giuridica, che da sempre aleggia attorno a queste figure, infatti, rende assai sfumata la tradizionale distinzione tra strumento finanziario e strumento di pagamento<sup>72</sup>, con tutto ciò che ne consegue sul versante regolatorio.

A ogni modo, vari argomenti sembrano tendenzialmente escludere la riconducibilità dei *bitcoin* rispetto alle procedure autorizzative regolate dal MiCAR<sup>73</sup>. In effetti, le criptomonete, pur

<sup>68</sup> Si vedano, al riguardo, le censure mosse da F. Annunziata, *Verso una disciplina europea delle cripto-attività. Riflessioni a margine della recente proposta della Commissione UE*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 15.10.2020; F. Mattassoglio, *Le proposte europee in tema di crypto-assets e DLT. Prime prove di regolazione del mondo crypto o tentativo di tokenizzazione del mercato finanziario (ignorando bitcoin)?*, in *Riv. dir. banc.* 2021, 413; M. T. Paracampo, *La consulenza su cripto-attività nella proposta di regolamento europeo MICA tra presunte equivalenze e distonie normative con Mifid 2*, in *Dir. banca e merc. fin.* 2022, 229. Nella letteratura straniera, v. P. Maume, *The Regulation on Markets in Crypto-Assets (MiCAR): Landmark Codification, or First Step of Many, or Both?*, in *ECFR* 2023, 255 s.

<sup>69</sup> BCE, *Parere del 19 febbraio 2021 su una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937*, 19.2.2021; CESE, *Parere su: «Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937»*, 24.2.2021.

<sup>70</sup> Come vedremo meglio *sub par.* 4.1, di tale difficoltà era pienamente consapevole lo stesso legislatore europeo, il quale, «al fine di garantire una chiara distinzione tra, da un lato, le cripto-attività disciplinate dal presente regolamento e, dall'altro, gli strumenti finanziari», affida all'ESMA l'onere di emanare orientamenti sui criteri e sulle condizioni per la qualificazione delle cripto-attività come strumenti finanziari.

<sup>71</sup> Ai sensi del considerando n. 10 e dell'art. 2, co. 3 del MiCAR devono, invece, ritenersi esclusi dal suo ambito di applicazione i «Token Non Fungibili» (c.d. *NFT*), ai quali, al limite, potrà essere applicata la disciplina in materia di strumenti finanziari, sempre che rientrino in tale categoria. Cfr. P. Carrière, *Il Regolamento MICA e il rebus NFT*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 20.4.2022.

<sup>72</sup> Cfr., sul tema, M. Semeraro, *Moneta legale, moneta virtuale e rilevanza dei conflitti*, in *Riv. di diritto bancario* 2019, 237 ss.; G. Greco, *Valute virtuali e valute complementari, tra sviluppo tecnologico e incertezze regolamentari*, in *Riv. di diritto bancario* 2019, 61 ss.; P. Carrière, *Le «criptovalute» sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di «strumenti finanziari», «valori mobiliari» e «prodotti finanziari»; tra tradizione e innovazione*, *Riv. di diritto bancario* 2019, 117 ss.

<sup>73</sup> In questo senso pare orientata la dottrina maggioritaria, v. F. Ciruolo, *op. cit.*, 252; R. Lener, L. Furnari, *Cripto-attività: prime riflessioni sulla proposta della commissione europea. Nasce una nuova disciplina dei servizi finanziari crittografati?*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 9.10.2020; M. Mari, *Le cripto-attività nella disciplina MiCAR e la finanziarietà delle «cripto-attività non finanziarie»*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 13.12.2023; F. Mattassoglio, *Le proposte europee in tema di crypto-assets e DLT*, *cit.*, 417, 420 s., 453 ss.; M. Nicotra, *L'ingresso dei prestatori di servizi: autorizzazione, requisiti e distinzioni*, in *Il Micar. Guida al regolamento europeo sui mercati delle*

rientrando nell'ampia definizione di cripto-attività e potendo astrattamente assolvere a funzioni di pagamento o di investimento (*payment tokens*)<sup>74</sup>, non paiono incasellabili in alcuno dei tre gruppi appena richiamati (EMT, ART e *other than*). Esse, per un verso, non sono ancorate ad alcun bene o moneta ufficiale di riferimento (*unbacked crypto-asset*), di talché non possono essere ricondotte nella categoria degli *stablecoins*<sup>75</sup>, e, per altro verso, non possono essere assimilate neppure agli *utility tokens*, non assolvendo a una funzione di utilità o di godimento. Ma vi è di più. Dal punto di vista letterale, l'art. 4, co. 3, lett. *b* del Regolamento ricomprende, tra le esenzioni dalla pubblicazione del *white paper* contenente tutta una serie di informazioni chiave dell'emittente di un *asset* virtuale<sup>76</sup>, il caso della «cripto-attività [...] creata automaticamente a titolo di ricompensa per il mantenimento del registro distribuito o la convalida delle operazioni»<sup>77</sup>. Parimenti, il considerando n. 22 stabilisce che «qualora le cripto-attività non abbiano un emittente identificabile», come avviene nel caso dei *bitcoin*, «esse non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione dei titoli II, III o IV del [...] regolamento». Alla luce di ciò, le uniche disposizioni del MiCAR rispetto alle quali sembrerebbe residuare uno spazio di applicabilità per i *bitcoin* e simili parrebbero quelle in materia di prestatori di servizi per le cripto-attività, qualora essi abbiano ad oggetto tali criptovalute<sup>78</sup>.

4. Come si è avuto modo di anticipare, l'apparato sanzionatorio delineato dal d.lgs. 129/2024, sulla scia della fonte europea di riferimento, viene indubbiamente a colmare un vuoto di tutela. La sottoposizione degli operatori del settore a un rigoroso regime autorizzativo e di controllo, che impone loro il rispetto di plurimi requisiti organizzativi, professionali e di onorabilità – primo fra tutti la mancata condanna per reati nell'ambito del riciclaggio o del finanziamento del terrorismo – mira a salvaguardare il funzionamento del mercato, la libera e leale concorrenza ed il patrimonio degli investitori in *crypto-assets*. Mediante la previsione degli illeciti penali e amministrativi che analizzeremo nel prosieguo, il legislatore ha cercato, insomma, di reprimere sul nascere eventuali patologie del sistema, arginando i rischi di perpetrazione di frodi, manipolazioni, abusi ed altre attività illecite, che hanno minato e minano tutt'oggi la stabilità e la crescita del mercato delle cripto-attività.

Entrando più nel dettaglio nella parte della disciplina che rileva in questa sede, l'unica disposizione del d.lgs. 129/2024 avente immediata ricaduta in materia penalistica in senso stretto è l'art. 30, che introduce il reato di abusivismo legato a operazione di cripto-attività. Come emerge dalla lettura dell'art. 19 co. 2 lett. *g* n. 7 della legge di delegazione europea 2022-2023 (l. 21.2.2024 n. 15), la sua tipizzazione risponde alla necessità di prevedere «sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive nei confronti di chiunque emetta, offra al pubblico o chiedi l'ammissione alla negoziazione di cripto-attività disciplinate dal Regolamento (UE) 2023/1114 in mancanza dei requisiti e delle autorizzazioni ivi previsti

---

*cripto*, cit., 93; F. Sarzana di S. Ippolito, *Token collegati ad attività ed e-money token: il futuro delle stable-coin*, in *Il Micar. Guida al regolamento europeo sui mercati delle cripto*, cit., 60.

<sup>74</sup> F. Ciruolo, *op. cit.*, 252.

<sup>75</sup> F. Mattassoglio, *Le proposte europee in tema di crypto-assets e DLT*, cit., 417, nota n. 13.

<sup>76</sup> Considerando n. 24: «un *White Paper* sulle cripto-attività dovrebbe contenere informazioni di carattere generale sull'emittente, sull'offerente o sulla persona che chiede l'ammissione alla negoziazione, sul progetto da realizzare con i capitali raccolti, sull'offerta al pubblico di cripto-attività o sulla loro ammissione alla negoziazione, sui diritti e sugli obblighi connessi alle cripto-attività, sulla tecnologia sottostante utilizzata per tali cripto-attività e sui relativi rischi».

<sup>77</sup> Con la definizione si fa, evidentemente, riferimento alla procedura di “*mining*” (ovvero di estrazione) delle nuove criptovalute, denominata *proof of work*, su cui ancora oggi si basa il *bitcoin*.

<sup>78</sup> Così si ricava dal considerando n. 22. Si veda, sul punto, F. Ciruolo, *op. cit.*, 252, nota n. 20, ove l'A. esemplifica richiamando il caso di una piattaforma di *exchange* che operi anche su *bitcoin*, consentendo la custodia e lo scambio di tale criptovaluta.



nonché di chiunque svolga servizi disciplinati dal medesimo Regolamento (UE) in mancanza delle autorizzazioni ivi previste».

Siamo, evidentemente, al cospetto di una “disposizione a più fattispecie”, in cui si criminalizzano quattro diverse tipologie di esercizio abusivo di attività connesse al mercato dei *crypto-assets*, tutte punite con la reclusione da sei mesi a quattro anni e con la multa da 2066 a 10.329 euro. Si noti, peraltro, che la forbice edittale è analoga a quella prevista per i delitti di abusivismo bancario di cui agli artt. 131 ss. del TUB e leggermente meno severa rispetto a quella dell’abusivismo finanziario di cui all’art. 166 del TUF (il d.lgs. 24.2.1998 n. 58), ove la pena irrogabile va da uno a sei anni di reclusione.

Procediamo con ordine:

- i) il delitto di cui alla lett. *a* dell’art. 1 reprime l’offerta al pubblico e la richiesta e l’ottenimento dell’ammissione alla negoziazione di *token* collegati ad attività da parte di un emittente che non abbia ricevuto l’autorizzazione di cui all’art. 16 co. 1 lett. *a* del MiCAR. A norma dell’art. 11 del d.lgs. 129, il procedimento di concessione e revoca di una autorizzazione siffatta è di competenza della Banca d’Italia, d’intesa con la Consob, cui spetta l’onere di verificare la sussistenza dei requisiti e delle condizioni indicate dall’art. 21 del MiCAR;
- ii) alla lett. *b* viene invece punito il prestatore di servizi per le cripto-attività che operi sul mercato in mancanza dell’autorizzazione di cui all’art. 59 del Regolamento MiCA, che viene concessa dalla Consob, d’intesa con la Banca d’Italia, all’esito della complessa procedura di cui all’art. 63 del MiCAR;
- iii) la fattispecie di cui alla lett. *c* sanziona, ancora, chiunque emetta *token* di moneta elettronica in violazione delle prescrizioni dell’art. 48 del MiCAR, che richiedono all’emittente il possesso dell’autorizzazione quale ente creditizio o istituto di moneta elettronica;
- iv) da ultimo, alla lett. *d* è punito chi offre al pubblico o chiede e ottiene l’ammissione alla negoziazione di *token* di moneta elettronica in assenza del consenso scritto dell’emittente.

Segnaliamo incidentalmente che, nell’originario Schema di decreto legislativo predisposto dal Dipartimento del Tesoro per la consultazione pubblica<sup>79</sup>, la fattispecie in commento si componeva anche di un secondo comma che disponeva l’applicabilità del reato di abusiva emissione di moneta elettronica *ex art. 131 bis* TUB nei confronti di chi emetta indebitamente moneta elettronica ovvero di chi la offra al pubblico in assenza di previo assenso dell’emittente. Nella versione definitiva del decreto, il capoverso è tuttavia stato eliminato e sostituito dalle previsioni *sub iii* e *sub iv*. Il correttivo non ha alcun impatto a livello penalistico<sup>80</sup>, posta l’identità dei soggetti incriminabili e della cornice edittale.

---

<sup>79</sup> Dipartimento del Tesoro, *Schema di decreto legislativo per l’adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2023/1114, relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 1095/2010 e le direttive 2013/36/UE e (UE) 2019/1937 – Allegato I*, in [www.dt.mef.gov.it](http://www.dt.mef.gov.it).

<sup>80</sup> Non a caso nel *dossier* relativo all’Atto del Governo n. 172. *Adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2023/1114, relativo ai mercati delle cripto-attività*, 11.7.2024, consultabile sul portale [www.documenti.camera.it](http://www.documenti.camera.it), viene ribadito che «la determinazione della cornice edittale prevista in caso di abusiva prestazione delle attività» di emissione e di offerta al pubblico di *token* di moneta elettronica «è la medesima prevista dagli articoli 131 e 131-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993, che puniscono, rispettivamente, le condotte di abusiva attività bancaria e di abusiva emissione di moneta elettronica». In argomento, M. Misiti, “*Monete virtuali*” e *valute virtuali: distinzioni linguistiche e ricadute penalistiche sulla fattispecie di abusiva emissione di moneta elettronica*, in *PenaleDP* 29.11.2024.

Un dato è, peraltro, certo: la decisione di introdurre una figura delittuosa *ad hoc* è perfettamente in linea con la strategia adottata dal legislatore di costruire un *corpus* normativo unitario, che regolamenti il mercato delle cripto-attività non finanziarie.

Detto ciò, non sfuggirà come, a livello strutturale, la fattispecie di cui all'art. 30 in commento presenta evidenti tratti di affinità con gli altri delitti di abusivismo previsti dal TUB e dal TUF. Essa designa un reato di pericolo presunto<sup>81</sup> di carattere pluri-offensivo, che si pone quale presidio di tutela anticipata del buon funzionamento e dell'integrità del mercato, ma salvaguarda altresì l'interesse individuale dei privati a trattare soltanto con soggetti affidabili, in modo da favorire un «ordinato e sereno svolgimento» delle proprie operazioni nel settore delle cripto-attività<sup>82</sup>. Questi interessi, a ben vedere, restano «sullo sfondo dell'incriminazione», quasi fossero «astratti obiettivi di tutela», che non contribuiscono in alcun modo alla selezione delle condotte penalmente rilevanti<sup>83</sup>. Vale allora quanto già rilevato in relazione all'art. 166 TUF: anche il delitto in parola tutela, in via immediata, una mera funzione, ossia il meccanismo di regolazione e controllo del mercato delle cripto-attività. Il legislatore ha, infatti, ritenuto l'esercizio non autorizzato delle attività professionali ivi richiamate di per sé idoneo a pregiudicare la trasparenza del sistema, in quanto preclude alle autorità competenti di esercitare i propri poteri di vigilanza<sup>84</sup>. Il che comporta l'ingresso sul mercato di soggetti che operano in maniera abusiva, essendosi deliberatamente sottratti alla selezione preventiva e al rigoroso sistema di verifica imposto dal MiCAR.

Il delitto di cui all'art. 30 assume, dunque, una forte valenza preventiva e l'anticipazione della tutela è giustificata, nella prospettiva del legislatore, dall'importanza degli interessi da proteggere, dal loro carattere diffuso e dalla loro potenziale estensione: tangibile è, infatti, il rischio che il mancato rispetto delle “regole del gioco” – ora divenuto estremamente formalizzato – conduca ad una «vittimizzazione di massa» di risparmiatori ed investitori in *crypto-assets*, finendo con il pregiudicare la tenuta stessa del mercato<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> Nello stesso senso, ma in relazione all'abusivismo finanziario, la granitica giurisprudenza. A titolo esemplificativo, si vedano: Cass. 9.12.2024 n. 45014, in [www.onelegale.wolterskluwert.it](http://www.onelegale.wolterskluwert.it); Cass. 22.10.2020 n. 37528, in *CEDCass.*, m. 280109; Cass. 16.1.2015 n. 25160, m. 265299. In senso analogo, la prevalente dottrina: v. per tutti: S. Seminara, *Diritto penale commerciale. Vol. II, Il diritto penale del mercato mobiliare*, Torino 2018, 23; S. Preziosi, *Modelli di sviluppo economico e diritto penale*, in *RTrim-DPenEc.* 2020, 671 ss.

<sup>82</sup> Cfr. in riferimento al delitto di cui all'art. 166 TUF, M. Bencini, L. Fanfani, S. Pelizzari e V. Todini, *Profili penali della tutela del risparmio. Truffa, abusi di mercato e gestione patrimoniale*, Milano 2021, 118. Peraltro, l'assenza di autorizzazione configura, di norma, un tradimento dell'affidamento riposto dal privato che intenda operare con cripto-attività nei confronti dei professionisti a cui si rivolge. Sul punto, F. Di Vizio, *Moderni abusivismi e criptovalute. Tra il mito della completa disintermediazione e la realtà di nuovi intermediari*, in *Discrimen* 19.4.2022, 41.

<sup>83</sup> Così F. Consulich, *Il diritto penale nell'età del cripto-oro. Gli elementi normativi della fattispecie di abusivismo finanziario tra monete virtuali e investimenti reali*, in *GComm.* 2021, 933. Molto si è scritto intorno ai problemi di tenuta del sistema che comporta la tutela penale delle funzioni. Cfr. G. Losappio, *La tutela penale delle funzioni. Una proposta di rivisitazione metodologica*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli 2013, 691 ss., nonché G. De Francesco, *Interessi collettivi e tutela penale. Funzioni e programmi di disciplina dell'attuale complessità sociale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano 2006, 929 ss.

<sup>84</sup> Siamo al cospetto di un «reato omissivo mediante commissione», poiché l'inosservanza dell'obbligo di richiedere l'autorizzazione integra gli estremi del tipo in tanto in quanto essa «si traduca nella violazione della condotta positiva, per la cui produzione quell'obbligo [...] era prescritto». In proposito, M. Mantovani, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Torino 2003, 144.

<sup>85</sup> D'obbligo è il parallelismo con i mercati finanziari, coi relativi tracolli, fallimenti e scandali e con le perdite di milioni di investitori e risparmiatori: in questo come in quel contesto, siamo di fronte a fenomeni di vittimizzazione di massa. Nitidamente, M. Donini, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del diritto penale*, a cura di M. Donini, M. Pavarini, *Sicurezza e diritto penale*, Bologna 2011, 21. Concetti poi ripresi e sviluppati in E. Amati, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino 2012, 35.

In un contesto siffatto, il ricorso a fattispecie di danno<sup>86</sup> rischia di dimostrarsi inadeguato, in quanto – per dirla con le parole di un illustre studioso – esse *entrano in gioco* «nel momento in cui i buoi sono ormai fuggiti dalla stalla», talvolta producendo effetti deflagranti<sup>87</sup>.

Volendo tracciare l'*identikit* dei soggetti attivi, sebbene la fattispecie descritta dall'art. 30 integri un reato comune, che in astratto può essere commesso da *chiunque*, appare tuttavia chiaro che le attività subordinate all'ottenimento dell'autorizzazione non richiesta o negata – emissione di *token* e prestazione di servizi relativi a cripto-attività – saranno realizzabili in via pressoché esclusiva da strutture meta-individuali. L'assunto trova conferma nel Regolamento MiCA, nel quale i prestatori di servizi per cripto-attività vengono identificati in «persone giuridiche o altr[e] impres[e]»; anche gli emittenti di *token* collegati ad attività sono necessariamente imprese o persone giuridiche (cfr. art. 16 MiCAR), mentre gli emittenti di *token* di moneta elettronica devono essere autorizzati quali «enti creditizi o istituti di monete elettronica».

Ebbene, appurata la natura complessa di tali organismi, suscita qualche perplessità la mancata inclusione della fattispecie in parola nel novero dei delitti presupposto per la responsabilità amministrativa degli enti da reato *ex d.lgs. 231/2001*. Chiamate a rispondere saranno, allora, solo le persone fisiche che operano all'interno di tali organizzazioni complesse e, per lo più, coloro i quali ricoprono una posizione di vertice. Questa scelta – a nostro avviso davvero discutibile – è non di meno coerente con quella operata in relazione ai delitti di abusivismo bancario e finanziario, che per l'appunto non compaiono nel catalogo 231<sup>88</sup>.

4.1. Detto ciò, va rilevato che la fattispecie di cui all'art. 30 d.lgs. 129/2024 è destinata a trovare applicazione nelle ipotesi di abusivismo relative a cripto-attività soggette al regime MiCAR. È pertanto inevitabile che i suaccennati problemi relativi all'individuazione dell'ambito operativo del Regolamento siano destinati a riflettersi sulla definizione dei margini di tipicità del reato in esame, con ovvie ricadute in punto di prevedibilità e certezza del diritto<sup>89</sup>.

In particolare, è lecito pronosticare l'insorgenza di alcune criticità nella definizione dei rapporti con il delitto di abusivismo finanziario *ex art. 166 TUF*<sup>90</sup>. La questione è intimamente connessa

<sup>86</sup> Trattasi di una tutela aggiuntiva rispetto a quella offerta dai tradizionali reati contro il patrimonio, *in primis* la truffa, la cui integrazione non è di certo preclusa dalla sussistenza del delitto di abusivismo. Cfr. A. Rossi, *L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico nel tempo della crisi*, in *RIDPP* 2014, 627 ss.

<sup>87</sup> Davvero efficace la metafora di T. Padovani, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *RIDPP* 1995, 644 s., il quale giustamente rileva come le «regole del gioco debbano essere presidiate da sanzioni [...]», così da garantire una repressione utile e non meramente simbolica», neutralizzando tempestivamente le «situazioni disfunzionali». Più in generale, sulla necessità di anticipare la soglia dell'intervento penale (e sanzionatorio in senso lato) con riguardo alla criminalità economica e finanziaria, si veda il pur risalente saggio di D. Pulitanò, *L'anticipazione dell'intervento penale in economia*, in AA.VV., *Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario. Atti del IV congresso nazionale di diritto penale*, Torino 1996, 10.

<sup>88</sup> Critici sull'esclusione del reato di cui all'art. 166 TUF dal *sistema 231*, B. Albertini, L. Franzetti, *La fattispecie di abusivismo tra consulenti finanziari autonomi e consulenti finanziari abilitati all'offerta fuori sede*, in *SOC* 2023, 343 ss.; M. Bencini, L. Fanfani, S. Pelizzari e V. Todini, *op. cit.*, 287 s. In precedenza, E. Montani, *Il reato di abusivismo: art. 166 tuf*, in *Reati in materia economica*, a cura di A. Alessandri, *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, VIII, Torino 2017, 232 ss.

<sup>89</sup> Come infatti osserva N. Recchia, *I reati bancari. La tutela del corretto svolgimento dell'attività di intermediazione*, in *Reati in materia bancaria e finanziaria*, a cura di F. Consulich, *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero e M. Pelissero, Torino 2024, 17 «il rinvio a puntuali, ma sovrabbondanti, elementi normativi, definitivi» non facilita «l'intelligibilità della fattispecie richiesta dalla garanzia costituzionale in materia penale della tassatività/determinatezza».

<sup>90</sup> Profilo già sottolineato in un primo commento “a caldo” da L. Di Stefano, A. Di Giorgio e R. Ferretti, *Criptovalute e moneta elettronica: tra distinzioni necessarie e rilevanza penale*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 3.9.2024.

alla possibilità di riconoscere ai *crypto-assets* la natura di strumenti finanziari e di assoggettare i professionisti operanti con le cripto-attività agli adempimenti previsti dal TUF per gli “intermediari finanziari”<sup>91</sup>. Sino al recente passato, andava sicuramente escluso che le criptovalute potessero, di per sé, rientrare in siffatta categoria, in quanto non ricomprese nell’elenco tassativo dell’Allegato I Sezione C cui rimanda l’art. 1 co. 2 del TUF.

Malgrado ciò, in giurisprudenza si è progressivamente consolidato un orientamento che, al sussistere di determinate condizioni, include le cripto-valute nell’onnivora categoria dei prodotti finanziari (art. 1 co. 1 lett. *u* TUF)<sup>92</sup>, riconoscendo l’integrazione del reato di cui all’art. 166 co. 1 lett. *c* del TUF al cospetto di condotte poste in essere in mancanza degli adempimenti autorizzativi richiesti dal TUF<sup>93</sup>.

Segnatamente, esso incrimina chiunque, senza la necessaria abilitazione, «offre fuori sede, ovvero promuove o colloca mediante tecniche di comunicazione a distanza, prodotti finanziari o strumenti finanziari o servizi o attività di investimento». Trattasi di una fattispecie a «selettività debole», in quanto il richiamo alla aperta e atecnica nozione di “prodotto finanziario” priva il precetto di un pregnante «attributo di determinatezza»<sup>94</sup>. A rilevare sono unicamente la pubblicità dell’investimento proposto e la sua finanziarietà, che si ricava dalla disamina della causa concreta del negozio<sup>95</sup>. Laddove emergesse che l’operazione di movimentazione di *crypto-assets* avesse comportato «a) un impiego di capitali, riconducibile [...] al danaro o, più in generale, a un capitale proprio che può corrispondere anche a una valuta virtuale, b) una aspettativa di rendimento, e c) un rischio proprio dell’attività prescelta, direttamente correlato all’impiego di capitali», saremmo al cospetto di un investimento di natura finanziaria. La valuta virtuale andrebbe, allora, ricompresa tra i prodotti finanziari, mentre l’attività di reclamizzazione concretizzerebbe una proposta di investimento, soggetta «agli obblighi la cui omissione integra il reato di cui all’art. 166 TUF»<sup>96</sup>.

L’impostazione seguita dalla Cassazione è in linea con quella della Consob, che, negli ultimi anni, esercitando i poteri conferitegli dall’art. 7 *octies* TUF, ha emesso una pluralità di provvedimenti sospensivi e inibitori nei confronti di piattaforme *web* che offrono abusivamente investimenti in *crypto-assets* (in particolare le *Initial Coin Offers*), riconoscendone la natura finanziaria laddove essi «implichino l’impiego di capitale, la promessa/aspettativa di

<sup>91</sup> Il tema è sviluppato da F. Di Vizio, *op. cit.*, 1 ss.

<sup>92</sup> Si definiscono come tali «gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria». Questo inquadramento – molto discusso in dottrina – viene sostenuto da E. Girino, *Criptovalute: un problema di legalità funzionale*, in *Riv. dir. banc.* 2018, 55 ss.

<sup>93</sup> Cfr. Cass. 17.9.2020 n. 26807, in *CEDCass.*, m. 279590, commentata da R.M. Vadala, *La dimensione finanziaria delle valute virtuali. Profili assiologici di tutela penale*, in *GI* 2021, 2224 ss.; F. Dalaiti, *Cripto-valute e abusivismo finanziario: cripto-analogia o interpretazione estensiva?*, in *SP* 21.1.2021; Cass. 30.11.2021 n. 44337, commentata da A. Quattrocchi, *La natura proteiforme delle criptovalute al crocevia della tutela penale del mercato finanziario*, in *GI* 2022, 1213 ss.; G. Mentasti, *Per la Cassazione la finalità di investimento del bitcoin rende configurabile l’abusivismo finanziario*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 14.12.2021; Cass. 26.10.2022 n. 44378, in *CEDCass.*, m. 284124, con nota di R. Razzante, *Le cripto attività come prodotti finanziari*, in *Riv. it. ant.* 2022, 42 ss.; Cass. 14.9.2023 n. 37767, in [www.onelegale.wolterskluwer.it](http://www.onelegale.wolterskluwer.it); Cass. 19.7.2024 n. 29649, *ivi*. Per una schematica ricognizione, A. Frattolillo, *Giurisprudenza domestica in materia di criptovalute*, in *I Contratti* 2024, 56 ss.

<sup>94</sup> F. Dalaiti, *op. cit.*, 57.

<sup>95</sup> A. Quattrocchi, *op. cit.*, 1216.

<sup>96</sup> Cfr. Cass. 26.10.2022 n. 44378, *cit.*; Cass. 30.11.2021 n. 44337, *cit.*, la quale nitidamente afferma che il *bitcoin* rappresenterebbe «un prodotto finanziario qualora acquistato con finalità d’investimento: la valuta virtuale, quando assume la funzione, e cioè la causa concreta, di strumento d’investimento e, quindi, di prodotto finanziario, va disciplinato con le norme in tema di intermediazione finanziaria».

rendimento e l'assunzione di un rischio direttamente connesso e correlato all'impiego di capitale»<sup>97</sup>.

Quest'ultimo indirizzo era andato incontro alle critiche di una parte della dottrina, secondo cui l'affermazione della responsabilità *ex art. 166 co. 1 lett. c* era frutto di una forzatura interpretativa ai limiti dell'analogia *in malam partem* in contrasto con l'assetto normativo allora vigente. Il d.lgs. 231/2007 qualificava, infatti, le principali figure operanti nel settore delle cripto-attività – *exchanges e i wallet providers* – come “operatori di valuta virtuale”; costoro venivano equiparati ai cambiavalute ed erano, pertanto, soggetti all'obbligo di iscrizione nel relativo registro: ragione per cui, in caso di esercizio abusivo dell'attività, avrebbero dovuto essere piuttosto chiamati a rispondere per l'illecito amministrativo di cui all'art. 17 *bis* co. 5 del d.lgs. 13.8.2010 n. 141, in quanto fattispecie speciale rispetto all'art. 166 TUF<sup>98</sup>.

A nostro parere, queste obiezioni non coglievano pienamente nel segno. Come noto, alcune criptovalute hanno natura proteiforme e possono assolvere a molteplici funzioni, non sempre determinabili *a priori*, tra cui anche quella di strumento di investimento. Sicché, non va escluso che esse – in ragione delle peculiarità dell'operazione di volta in volta considerata – siano riportabili nel novero dei prodotti finanziari<sup>99</sup>. Si prendano, ad esempio, i *bitcoin*: di norma, si tratta di un mezzo di pagamento su base volontaria; il discorso cambia quando il loro acquisto venga pubblicamente reclamizzato come una vera e propria proposta di investimento in un'attività rischiosa e con ampie prospettive di guadagno<sup>100</sup>: in casi del genere, appare pienamente corretto applicare la disciplina del TUF<sup>101</sup>.

Ora, il quadro normativo è parzialmente mutato, senza però fugare ogni criticità.

Da un lato, con il Regolamento 858/2022/UE (relativo a un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia a registro distribuito) il legislatore euro-unitario è intervenuto sulla definizione di “strumento finanziario” fornita dalla Direttiva 2014/65 (c.d. Mifid II)<sup>102</sup>; di conseguenza, il d.l. 30.3.2023 n. 25 (convertito con modificazioni nella l. 10.5.2023 n. 52), nell'adeguare la disciplina nazionale, ha modificato, tra l'altro, l'art. 1 co. 2 del TUF, il quale oggi annovera tra gli strumenti finanziari anche quelli emessi mediante tecnologia a registro distribuito e, dunque, talune tipologie di cripto-attività<sup>103</sup>.

Da un altro lato, l'art. 2 par. 2 del MiCAR esclude espressamente l'operatività di tale *corpus* normativo al cospetto di cripto-attività qualificabili come strumenti finanziari, mentre l'art. 36 del d.lgs. 129/2024 stabilisce che «la disciplina del TUF avente ad oggetto i prodotti finanziari non si applica alle cripto-attività che rientrano nell'ambito di applicazione MiCAR».

<sup>97</sup> A mero titolo esemplificativo cfr. Delibera n. 23008 del 14.2.2024, in [www.consob.it](http://www.consob.it); Delibera n. 2289 del 15.11.2023, in [www.consob.it](http://www.consob.it), nelle quali viene dato «Ordine, ai sensi dell'art. 7-octies, comma 1, lett. b), del D. lgs. n. 58/1998 di porre termine alla violazione dell'art. 18 del Tuf».

<sup>98</sup> Di questo avviso F. Dalaiti, *op. cit.*, 60; M. Guastadisegni, *Criptovaluta e prodotto finanziario: l'eterno ritorno della causa negoziale*, in *Danno & resp.* 2022, 492 ss.

<sup>99</sup> Cfr. A. Quattrocchi, *op. cit.*, 1216; F. Consulich, *Nella wunderkammer*, cit., 155. Tuttavia, a detta di M. Guastadisegni, *op. cit.*, 492 ss., «la criptovaluta non è un prodotto finanziario. Lo è [...] il contratto che l'abbia in oggetto, come cosa incorporale da scambiare (e valore virtuale da trasferire), allorché preveda specifiche clausole di oggettivazione della funzione d'investimento. Solo in quest'ultimo ed eccezionale caso, pertanto, potrà applicarsi la disciplina legislativa della sollecitazione all'investimento, tra cui, in particolare, le norme concernenti sia le condizioni dell'offerta al pubblico (art. 94-*bis* TUF) sia la riserva dell'attività di offerta fuori sede (art. 30 TUF) o a distanza (art. 32 TUF), sussistendo l'imprescindibile presupposto: il prodotto finanziario».

<sup>100</sup> È il caso affrontato, in sede cautelare, da: Cass. 17.9.2020 n. 26807, cit.

<sup>101</sup> F. Di Vizio, *op. cit.*, 50.

<sup>102</sup> Cfr. l'art. 18 del Regolamento MiCA.

<sup>103</sup> Soluzione caldeggiata da F. Consulich, *Nella wunderkammer*, cit., 158.

Alla luce di ciò, si può ben dire che il diritto positivo ha quantomeno preso atto dell'esistenza di svariate tipologie di cripto-attività, con caratteristiche e funzioni differenti, da cui consegue l'applicazione di un diverso regime. Ed ecco allora che appare evidentemente semplicistico affermare che le condotte di abusivismo sinora riportate nell'alveo dell'art. 166 TUF rileveranno sempre oggi ai sensi del neo introdotto art. 30 d.lgs. 129/2024. L'art. 30 – lo abbiamo visto – criminalizza talune forme di abusivismo relative ai *token* collegati ad attività e ai *token* di moneta elettronica che, di norma, assolvono a una funzione di pagamento, nonché la prestazione di servizi non autorizzata relativa a tutte le tipologie di cripto-attività rientranti nel MiCAR. Al cospetto, invece, di *crypto-assets* aventi in sé natura di strumento finanziario o sottostanti a un contratto di tipo finanziario dovrebbe, invece, continuare ad applicarsi la disciplina del TUF ed eventuali violazioni della riserva di attività potranno comportare l'integrazione del reato di cui all'art. 166.

Se ciò è vero, lo è altrettanto il fatto che non risulta comunque sempre agevole comprendere se un *crypto-assets* vada o meno qualificato come strumento finanziario<sup>104</sup>: le incertezze appaiono palesi se consideriamo che è lo stesso MiCAR ad imporre a chi chieda l'ammissione alla negoziazione o ai gestori di piattaforme di negoziazione di cripto-attività diverse dai *token* collegati ad attività o dai *token* di moneta elettronica la presentazione dei motivi per cui tali cripto-attività non andrebbero escluse dall'ambito del Regolamento, magari perché "strumenti finanziari" (cfr. art. 8 par. 4). Oneri simili ricadono anche sugli emittenti di *token* collegati ad attività, che sono tenuti a presentare, a corredo della domanda di autorizzazione, un parere giuridico secondo cui il prodotto in oggetto non è, tra l'altro, uno strumento finanziario (cfr. art. 18 par. 2 lett. e sub i)<sup>105</sup>.

Di questi problemi definitivi è, peraltro, anche in questo caso al corrente lo stesso legislatore euro-unitario: il considerando 14 del MiCAR ha ravvisato, infatti, l'opportunità di rimettere all'*European Securities and Markets Authority* l'emanazione di «orientamenti sui criteri e sulle condizioni per la qualificazione delle cripto-attività come strumenti finanziari», così da assicurare una «chiara distinzione tra, da un lato, le cripto-attività disciplinate dal presente Regolamento e, dall'altro, gli strumenti finanziari»<sup>106</sup>. Le *Guidelines on the conditions and criteria for the qualification of cryptoassets as financial instruments* sono state, in effetti, pubblicate dall'ESMA nel *Final Report* dello scorso 17.12.2024<sup>107</sup> e – a una cursoria analisi – ci sembra che possa trattarsi di un valido strumento nelle mani degli addetti ai lavori per

<sup>104</sup> Sull'assetto venutosi a delineare con l'entrata in vigore del MiCAR: M. De Mari, *Le cripto-attività nella disciplina MiCAR e la finanziarietà delle "cripto-attività non finanziarie"*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 13.12.2023.

<sup>105</sup> In proposito, L. Di Stefano, A. Di Giorgio e R. Ferretti, *op. cit.*, cit.

<sup>106</sup> Tali orientamenti dovrebbero inoltre consentire «una migliore comprensione dei casi in cui le cripto-attività che sono altrimenti considerate uniche e non fungibili con altre cripto-attività potrebbero essere qualificabili come strumenti finanziari». Nella stessa direzione, si prevede che, «al fine di promuovere un approccio comune alla classificazione delle cripto-attività, l'ABE, l'ESMA e l'Autorità europea di vigilanza (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali) (EIOPA), istituita dal regolamento (UE) n. 1094/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio ("autorità europee di vigilanza" o "AEV"), dovrebbero promuovere discussioni su tale classificazione. Le autorità competenti dovrebbero poter chiedere alle AEV pareri sulla classificazione delle cripto-attività, comprese le classificazioni proposte dagli offerenti o dalle persone che chiedono l'ammissione alla negoziazione. Gli offerenti o le persone che chiedono l'ammissione alla negoziazione sono i principali responsabili della corretta classificazione delle cripto-attività, che potrebbe essere contestata dalle autorità competenti, sia prima della data di pubblicazione dell'offerta sia in qualsiasi momento successivo». Qualora la classificazione di una cripto-attività sembri non essere coerente con il presente regolamento o con altri pertinenti atti legislativi dell'Unione in materia di servizi finanziari, le AEV dovrebbero avvalersi dei poteri loro conferiti dai regolamenti (UE) n. 1093/2010, (UE) n. 1094/2010 e (UE) n. 1095/2010 al fine di garantire un approccio uniforme e coerente a tale classificazione»: cons. n. 14 del MiCAR.

<sup>107</sup> Consultabili al seguente link: [https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2024-12/ESMA75453128700-1323\\_Final\\_Report\\_Guidelines\\_on\\_the\\_conditions\\_and\\_criteria\\_for\\_the\\_qualification\\_of\\_CAs\\_as\\_FIs.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2024-12/ESMA75453128700-1323_Final_Report_Guidelines_on_the_conditions_and_criteria_for_the_qualification_of_CAs_as_FIs.pdf).

valutare la natura finanziaria di un certo *crypto-assets*, pur nella consapevolezza che una tale operazione qualificatoria, siccome prodotto di attività interpretativa, sconta un più o meno evidente margine di aleatorietà.

Alla luce di quanto osservato – e in attesa di conoscere i primi sviluppi prasseologici sul punto – il rischio di un'erronea o imprevedibile qualificazione delle cripto-attività quali strumenti finanziari o meno sembra, in ogni caso, non trascurabile, con ovvie ricadute a livello penalistico, se non altro in ragione della diversa cornice edittale prevista dal nuovo delitto di cui art. 30 del d.lgs. 129/2024 e da quello di cui all'art. 166 TUF.

5. Come abbiamo avuto modo di anticipare, il nuovo delitto di abusivismo rappresenta solo uno dei presidi sanzionatori introdotti dal provvedimento in commento.

In attuazione dell'art. 111 del MiCAR, il legislatore nazionale ha, invero, affiancato alla nuova fattispecie penalistica una serie di illeciti amministrativi (artt. 31-36)<sup>108</sup>, il cui accertamento spetta, nell'ambito delle rispettive competenze, alla Consob e alla Banca di Italia; organi, quest'ultimi, tenuti a seguire il procedimento sanzionatorio previsto dall'art. 195 del TUF, salvo il caso in cui vengano in rilievo i *token* di moneta elettronica, al cospetto dei quali si applica la procedura indicata dall'art. 195 TUB (art. 37).

I destinatari di tali sanzioni sono innanzitutto società ed enti rispetto a cui sia stata accertata la violazione – abbiamo del resto già sottolineato il carattere meta-individuale di emittenti e prestatori di cripto-attività – e solo in seconda battuta le persone fisiche. Esse si applicano, più in particolare, «nei confronti dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo e del personale delle società e degli enti nei confronti dei quali sono accertate le violazioni», unicamente quando queste ultime sono conseguenza del mancato rispetto «di doveri propri o dell'organo di appartenenza e la condotta ha inciso in modo rilevante sulla complessiva organizzazione o sui profili di rischio aziendale, ovvero ha provocato un grave pregiudizio per la tutela dei possessori di cripto-attività o per la tutela della stabilità finanziaria, l'integrità dei mercati finanziari e il regolare funzionamento del sistema dei pagamenti» (cfr. art. 36 par. 1).

Di seguito analizzeremo il contenuto delle singole figure di illecito amministrativo che, in forza dell'art. 3 co. 1 l. 24.11.1981 n. 689<sup>109</sup>, possono essere punite sia a titolo di dolo – ipotesi a nostro avviso *fisiologica* – sia a titolo di colpa.

L'art. 31 si apre con la clausola di riserva «salvo che il fatto costituisca reato» e punisce, in via amministrativa, l'inosservanza delle disposizioni richiamate dall'art. 111 par. 1 lett. *a, b, c, d* del Regolamento MiCA, dei relativi atti delegati e delle disposizioni attuative adottate da Banca d'Italia e Consob.

Trattasi di un'ampissima serie di violazioni riguardanti la disciplina a) delle cripto-attività c.d. *other than*; b) quella dei *token* collegati ad attività; c) quella dei *token* di moneta elettronica e, infine, d) quella relativa al regime dei prestatori di servizio per cripto-attività. Oltre alla sanzione pecuniaria, aumentata sino al doppio laddove il vantaggio ottenuto superi i massimi edittali di cui al co. 1, le autorità competenti hanno facoltà di disporre ulteriori misure a carattere *lato sensu* sanzionatorio e, segnatamente, una dichiarazione pubblica indicante responsabile e tipologia di violazione, nonché un'ingiunzione diretta alla persona fisica o

<sup>108</sup> Si veda l'analisi di U. Piatelli, S. Caruso e G. Rulli, *Cripto-attività e MiCAR: riflessioni sul decreto di adeguamento*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 17.9.2024; A Messina, *Cripto attività: previste sanzioni amministrative e penali per operatori e management*, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it), 25.6.2024.

<sup>109</sup> Per un inquadramento della disciplina generale dell'illecito amministrativo e dello statuto di garanzie che presidiano la sua operatività, basti il rinvio all'affresco recentemente tracciato da: C.E. Paliero, *Nascita ed evoluzione del sistema sanzionatorio amministrativo in Italia*, in *Le sanzioni amministrative. Quaderno 29 SSM*, Roma 2023, 17 ss.

giuridica responsabile di porre termine al comportamento che costituisce la violazione e di astenersi da ripeterlo.

L'art. 32 punisce, invece, le violazioni nella comunicazione al pubblico di informazioni privilegiate ex art. 87 del MiCAR poste in essere da emittenti, offerenti e persone che chiedono l'ammissione alla negoziazione di cripto-attività, nonché l'inottemperanza agli obblighi relativi alla prevenzione e individuazione degli abusi di mercato evocati dall'art. 92 del Regolamento. Al pari di quanto disposto dall'art. 30, anche qui viene prescritto un aumento di pena se il vantaggio conseguito è più alto del massimo edittale; a ciò si aggiungono le misure accessorie irrogabili dalla Consob: dichiarazione pubblica, ingiunzione di porre fine alla condotta illecita, restituzione dei profitti realizzati o delle perdite evitate grazie alla violazione, revoca o sospensione dell'autorizzazione a prestare servizi per le cripto-attività.

Ancora, gli artt. 33 e 34 puniscono, rispettivamente, persone fisiche ed enti per l'abuso di informazioni privilegiate (l'*insider trading*), per la comunicazione illecita di informazione privilegiate (il *tipping*) e per la manipolazione del mercato. È lo stesso MiCAR a precisare in cosa consistano le singole condotte indebite: le definizioni fornite risultano nella sostanza sovrapponibili a quelle contenute nel Regolamento MAR (Regolamento 596/2014/UE), che si riflettono sulla perimetrazione degli illeciti amministrativi tipizzati dal TUF agli artt. 187 *bis* e 187 *ter* e, per quanto concerne la responsabilità di enti e società, all'art. 187 *ter*. I.

L'art. 89 del MiCAR descrive l'abuso di informazioni privilegiate come l'acquisto, la cessione, l'annullamento o la modifica di un ordine di cripto-attività – per conto proprio o di terzi – effettuato utilizzando informazioni privilegiate, ossia informazioni che non sono state rese pubbliche e che – laddove divulgate – «potrebbero avere un effetto significativo sui prezzi di tali cripto-attività o sul prezzo di una cripto-attività collegata»<sup>110</sup>. Abuso e tentativo di abuso di informazioni privilegiate sono puniti in egual misura: l'equiparazione è ricavabile dal disposto del par. 2 dell'art. 89 del MiCAR, cui rimanda l'art. 33 del d.lgs. in commento, che – come ormai è noto – si limita a fare generico riferimento «alla violazione del divieto di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 89»<sup>111</sup>. La parificazione dei limiti tra tentativo e consumazione (come del resto quella tra ipotesi colpose e ipotesi dolose) suscita, invero, perplessità, a maggior ragione se guardiamo alla notevole (e forse eccessiva) asprezza delle sanzioni amministrative irrogabili, che – per le persone fisiche – toccano il massimo edittale di 5 milioni di euro.

Comunque sia, nel divieto di abuso di informazioni privilegiate sanzionato dall'art. 22 rientrano anche la raccomandazione e l'induzione a un'altra persona basate sull'informazione privilegiata (il *tuyautage*)<sup>112</sup>, mentre colui che si avvale di tali sollecitazioni è punito solo quando «sa o dovrebbe sapere» che esse si fondano su informazioni privilegiate. Il par. 5 dell'art. 89 del MiCAR elenca i possessori di informazioni privilegiate nei confronti dei quali

<sup>110</sup> Cfr. art. 87 del Regolamento MiCA. Sulla nozione di “informazione privilegiata” prevista dal TUF, in sostanza sovrapponibile a quella qui esaminata: F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino 2014, 113 ss.; F. Mucciarelli, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in *DPC* 10.10.2018; Id., *Mercato finanziario e tutela penale*, in *questa Rivista*, 13.2.2024, 14 ss.; S. Seminara, *Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in *BBTC* 2008, 331 ss.; S. Giavazzi, *L'abuso di informazioni privilegiate*, in *Diritto e procedura penale delle società*, a cura di G. Canzio, L. Luparia Donati, Milano 2022, 775 ss.

<sup>111</sup> Al contrario, il comma finale dell'art. 187 *bis* del TUF – che sanziona in via amministrativa abuso e comunicazione illecita di informazioni privilegiate – prevede espressamente che «per le fattispecie previste dal presente articolo il tentativo è equiparato alla consumazione». Cfr. F. D'Alessandro, *op. cit.*, 156.

<sup>112</sup> Come ben spiegato da E. Amati, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino 2012, 154, l'introduzione di una fattispecie *ad hoc* è giustificata dal fatto che «la raccomandazione e l'induzione non presuppongono la trasmissione della notizia».



opera il divieto di abuso (ad esempio «il membro di organi di amministrazione, direzione o vigilanza dell'emittente, dell'offerente o della persona che chiede l'ammissione alla negoziazione» o colui che possiede l'informazione perché coinvolto in attività illecite, il c.d. *insider criminale*). Divieto che si estende anche all'*insider secondario*, ossia il soggetto che, sebbene privo di una qualifica che lo ponga in condizione di «vantaggio informativo»<sup>113</sup>, entra comunque in possesso di informazioni privilegiate e «sa o dovrebbe sapere di trovarsi» al loro cospetto.

La seconda delle condotte incriminate dall'art. 33 del d.lgs. 129/2024 è il divieto di *tipping*: nessuno in possesso di informazioni privilegiate può divulgarle a terzi, salva l'ipotesi in cui la diffusione avvenga nell'ambito «del normale esercizio di un'attività lavorativa, di una professione o di una funzione» (art. 90 MiCAR)<sup>114</sup>. Il divieto di comunicazione illecita è finalizzato a preservare la riservatezza delle informazioni prima che esse vengano divulgate, in modo da scongiurare il rischio che i destinatari della comunicazione illecita si collochino in una posizione di indebito vantaggio sul mercato delle crypto-attività<sup>115</sup>. A norma del par. 2 dell'art. 90 del MiCAR è, altresì, illecita «la divulgazione a terzi delle raccomandazioni o induzioni [...]» quando la persona che le divulga «sa o dovrebbe sapere che esse si basa[no] su informazioni privilegiate».

A questo riguardo, ci siano consentite due brevi osservazioni.

Per quanto concerne lo sfuggente concetto di “normalità”, esso va declinato alla luce del ruolo ricoperto dal soggetto agente: sicché la comunicazione sarà da ritenersi lecita allorché rientri nel fisiologico esercizio dell'attività dell'*insider*, rivelandosi funzionale allo svolgimento delle proprie tipiche mansioni<sup>116</sup>.

Sotto altro profilo, il reiterato impiego della locuzione “dovrebbe sapere” attribuisce espressa rilevanza alle condotte colpose dell'*insider secondario*, nonché a quelle di chi si avvalga o divulghi raccomandazioni o induzioni aventi ad oggetto informazioni privilegiate<sup>117</sup>. Orbene, riteniamo che l'individuazione del contenuto della pretesa doverosa il cui mancato rispetto da luogo al rimprovero per colpa (l'*Anlass*)<sup>118</sup> possa rivelarsi alquanto problematica. In assenza di più specifiche indicazioni normative, l'interprete è infatti chiamato a valutare se le condizioni in cui versava l'agente fossero tali da potergli permettere di sapere – laddove avesse agito secondo diligenza – di disporre di informazioni privilegiate (nel caso dell'*insider secondario*) o di raccomandazioni o induzioni basate su informazioni privilegiate. Sin troppo evidente il rischio che simili valutazioni finiscano con l'essere fondate sul mero intuito.

Infine, l'ultima condotta menzionata dall'art. 33 è quella di manipolazione del mercato, che – anche in questo caso – viene definita facendo rinvio al MiCAR, e precisamente all'art. 90. Esso ripropone la dicotomia impiegata dall'art. 12 del Regolamento 596/2014/UE (il Regolamento MAR)<sup>119</sup> nel descrivere le condotte di manipolazione del mercato finanziario: così, il par. 2

<sup>113</sup> Sulla figura dell'*insider secondario*, M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino 2018, 324 ss.

<sup>114</sup> Da sottolineare che l'art. 90 del Regolamento MiCA ricalca, in larga parte, il contenuto dell'art. 10 del Regolamento MAR.

<sup>115</sup> Cfr. M. Bencini, L. Fanfani, S. Pelizzari e V. Todini, *op. cit.*, 209 s.

<sup>116</sup> Si richiama l'interpretazione consolidata con riguardo alle fattispecie del TUF. Cfr. S. Giavazzi, *op. cit.*, 749.

<sup>117</sup> In proposito, F. Mucciarelli, *Gli illeciti amministrativi degli artt. 187 bis, 187 ter e 187 ter.1 TUF dopo la riforma all'insegna della tecnica del rinvio*, in *SOC* 2019, 578 ss.

<sup>118</sup> Sul concetto di *Anlass*, imprescindibile la teorizzazione di G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 251; più di recente: F. Giunta, *Culpa, Culpa*, in *Discrimen* 4.6.2019, 15; M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017, 116; da ultimo, L. Carraro, *Spazi teorici di autoresponsabilità e colpa “stradale” nell'investimento di un pedone: rigidità giurisprudenziale e prospettazioni dogmatiche*, in *AP* 2/2023, 17.

<sup>119</sup> Su cui F. Consulich, *Manipolazione dei mercati e diritto eurounitario*, in *SOC* 2016, 207 ss.

introduce un elenco tassativo di attività qualificate come manipolatorie, tutte caratterizzate da una innata connotazione fraudolenta.

Si tratta del contegno di chi: a) salvo che per motivi legittimi – concluda un’operazione, collochi un ordine, o ponga in essere un’altra condotta che fornisca (o sia suscettibile di fornire) informazioni false o fuorvianti relative a offerta, domanda e prezzo delle cripto-attività ovvero ne fissi il prezzo a un livello anormale o artificiale<sup>120</sup>; b) concluda un’operazione o ponga in essere un’altra attività che incida o possa incidere sul prezzo di una o più cripto-attività, attuata mediante l’utilizzo di uno strumento fittizio o di un altro tipo di inganno od espediente; c) diffonda informazioni false o fuorvianti relative a offerta, domanda e prezzo delle cripto-attività.

Il successivo par. 3 elenca, invece, una serie di comportamenti da considerare «tra l’altro» come manipolazione del mercato tra cui, ad esempio, «l’acquisizione di una posizione dominante sull’offerta o sulla domanda di una cripto-attività, che abbia o possa avere l’effetto di fissare, direttamente o indirettamente, i prezzi di acquisto o di vendita oppure crei, o possa creare, altre condizioni commerciali inique». Si tratta di un catalogo aperto e meramente esemplificativo di condotte, di per sé sprovviste di un’intrinseca componente decettiva, ma che – ove declinate in peculiari contesti e poste in essere con particolari modalità – danno luogo a una manipolazione del mercato<sup>121</sup>.

L’illecito amministrativo in commento è integrato anche da contegni realizzati in forma colposa: paradigmatica, in proposito, l’ipotesi di cui alla lett. c del par. 2 dell’art. 90 MiCAR, che attribuisce rilievo alla manipolazione commessa diffondendo informazioni «che forniscano, o è probabile che forniscano, segnali falsi o fuorvianti in merito all’offerta, alla domanda o al prezzo di una o più cripto-attività», non solo quando l’agente sappia, ma anche quando avrebbe dovuto sapere, della falsità e della nota fuorviante del dato trasmesso.

Tralasciando il terzo comma dell’art. 33, che si limita a rinviare alla disciplina contenuta nei co. 2 e co. 3 dell’art. 32 (relativi all’aggravamento di pena laddove i vantaggi conseguiti dall’agente superino i massimi edittali e alle misure amministrative accessorie irrogabili dalla Consob), vale la pena soffermarsi sul disposto del co. 2, il quale esclude l’assoggettamento alla sanzione amministrativa qualora l’autore di una condotta di manipolazione del mercato dimostri di aver agito «per motivi legittimi».

Riempire di significato tale locuzione risulta piuttosto difficoltoso. È vero: la norma è parzialmente sovrapponibile al co. 4 dell’art. 187 *ter* TUF, ma in quel contesto, si parla di «aver agito per motivi legittimi e in conformità alle prassi ammesse nel mercato»<sup>122</sup>. Il rimando alle prassi di settore, che sono oggetto di disciplina nell’ambito del mercato mobiliare, rende senza dubbio più agevole definire statuto giuridico e dimensione operativa dell’art. 187 *ter* co. 4: esso designerebbe una scriminante, più precisamente una «causa di giustificazione di origine

<sup>120</sup> Quanto alla misurazione delle soglie di “anomalia” e “anormalità”, sembra che si debba far riferimento al prezzo che avrebbe avuto il *crypto-asset* in assenza del fattore perturbativo. Valutazione agevole a livello teorico, ma che sul piano pratico, appare realisticamente complessa. Cfr., sempre in relazione alla materia dei mercati finanziari, F. Mucciarelli, *Gli illeciti amministrativi*, cit., 578.

<sup>121</sup> Riteniamo che possa tornare utile – in ragione di tratti di somiglianza tra la disciplina in commento e quella enucleata dal TUF – la lettura delle notazioni critiche espresse da: F. Mucciarelli, *Gli illeciti amministrativi*, cit., 578 ss.; Id., *Gli abusi*, cit.; F. Consulich, *Market manipulation e legislazione cosmetica*, in *SOC* 2019, 558; S. Preziosi, *Nuova disciplina della manipolazione di mercato e bene giuridico tutelato*, in *AP* 1/2021, 1 ss.

<sup>122</sup> Previsione che si ritrova al co. 1 *bis* dell’art. 185 TUF, che punisce il delitto di manipolazione del mercato, escludendo la punibilità di chi «ha commesso il fatto per il tramite di ordini di compravendita o operazioni effettuate per motivi legittimi e in conformità a prassi di mercato ammesse, ai sensi dell’articolo 13 del Regolamento (UE) n. 596/2014».

prasseologico-consuetudinaria», che assume efficacia in tanto in quanto le prassi vengano riconosciute dalla Consob<sup>123</sup>.

Nel contesto in esame, invece, il riferimento ai motivi legittimi assume le sembianze di una vera e propria «delega in bianco a qualsiasi motivazione giuridica incompatibile con la finalità di manipolazione»<sup>124</sup>. Il MiCAR – giova ribadirlo, primo *corpus* normativo euro-unitario deputato alla regolazione del mercato dei *crypto-assets* – menziona solo incidentalmente le prassi relative a cripto-attività, ma non regola in alcun modo modalità e requisiti per il loro riconoscimento. È quindi all'evidenza problematico comprendere quando si sia di fronte a un contegno che, pur alterando il fisiologico andamento degli scambi, vada ritenuto lecito e quando invece siano integrati gli estremi della manipolazione punibile. Pure in questo caso, il pericolo è che la valutazione venga condotta su base intuitiva, con naturali pregiudizi in punto di prevedibilità e certezza. È però possibile ipotizzare che, in un futuro non remoto, il legislatore europeo provvederà a introdurre una disciplina sulle condizioni di ammissibilità e sulle procedure di riconoscimento delle prassi di settore, proprio come accade in ambito MAR<sup>125</sup>.

Soffermandoci ancora per un attimo sulla materia degli abusi di mercato, ma sotto il profilo della responsabilità amministrativa dell'ente, va registrato che l'art. 34 del d.lgs. in commento prevede un regime di imputazione costruito sulla falsariga di quello di cui al d.lgs. 231/2001. Anche qui, l'ente risponde qualora la violazione sia commessa nel suo interesse o vantaggio, da soggetti inseriti nella struttura complessa (in ruolo apicale o sotto altrui direzione e vigilanza) e che non agiscono nell'esclusivo interesse proprio o di terzi. Peraltro, l'ultimo comma dell'art. 34 richiama alcune disposizioni del d.lgs. 231/2001 (gli artt. 6, 7, 8 e 12), estendendo il loro raggio di applicazione all'accertamento della responsabilità dell'ente per gli illeciti ivi tipizzati. Nemmeno sotto questo versante siamo di fronte a un'assoluta novità: l'art. 34 costituisce piuttosto una replica dell'art. 187 *ter* TUF, chiaramente destinata ad operare nel contesto MiCAR.

Da ultimo, l'art. 35 del d.lgs. 129 sanziona le persone fisiche e giuridiche che non ottemperino alle richieste od omettano di collaborare con le autorità munite di poteri di sorveglianza e di indagine enucleati dall'art. 94 del MiCAR. Gli operatori professionali sul mercato delle cripto-attività sono, infatti, tenuti a istituire sistemi e procedure volte a prevenire e neutralizzare eventuali abusi di mercato<sup>126</sup>. Su di essi grava inoltre l'obbligo di segnalare «senza indugio»

<sup>123</sup> Non è questa chiaramente la sede per indagare la discussa natura giuridica del co. 4 dell'art. 187 *ter* TUF. Propende per il suo valore scriminante, con tutto con ciò che ne consegue in punto di disciplina: F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione. Necessità e limiti*, Torino 2018, 340 ss., secondo cui il principale ostacolo a un inquadramento siffatto sarebbe costituito dalla «disponibilità del potere di giustificare» le condotte in capo alla stessa autorità deputata a punirle amministrativamente. La giustificazione non sarebbe – come accade di norma – preesistente, ma sorgerebbe «dall'attività dell'applicatore del diritto». Saremmo, quindi, al cospetto di una scriminante «topica» – in quanto riferita a specifiche tipologie comportamentali ammesse dall'autorità competente – e circolare, poiché la Consob, da un lato, provvede «all'enforcement delle norme punitive» e, dall'altro, può giustificarle. Dello stesso avviso, F. Mucciarelli, *Gli abusi*, cit., 15. *Contra*, ad esempio, S. Preziosi, *La manipolazione del mercato nella cornice dell'ordinamento comunitario e del diritto penale italiano*, Bari 2008, 119, che lo riconduce nel novero delle cause di esclusione della tipicità. Sulla questione v. A. Gargani, *Commento agli artt. 187-bis – 187 septies Testo unico in materia di intermediazione finanziaria, inseriti dall'art. 9, co. 2, lett. a), l. 62/2005 (Legge comunitaria 2004)*, in *LP* 2006, 108.

<sup>124</sup> Così F. Consulich, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano 2010, 227.

<sup>125</sup> Sui meccanismi di istituzione delle prassi, F. Mucciarelli, *Gli abusi*, cit., 11 ss.

<sup>126</sup> In un settore magmatico e in costante evoluzione, prima ancora che legislatore e le competenti autorità di vigilanza, sono i gestori del mercato a dover svolgere un ruolo chiave nella prevenzione di possibili illeciti, innanzitutto predisponendo ed aggiornando costantemente i *compliance programs*. Rileva l'impossibilità, da parte

alle autorità competenti le operazioni sospette, che potrebbero, cioè, risolversi in un abuso di mercato. Il presidio introdotto dall'art. 35 è stato concepito come strategico al fine di garantire una fattiva collaborazione tra le istituzioni e i professionisti di settore, il cui contributo risulta utile per ridurre o arginare i pericoli connessi all'acquisto o alla detenzione di cripto-attività, che, come ancora recentemente avvertito dall'ESMA, e nonostante l'entrata in vigore del MiCAR, hanno tutt'oggi natura altamente rischiosa e speculativa<sup>127</sup>.

5.1. All'esito della rassegna dei nuovi illeciti amministrativi introdotti dal d.lgs. 129/2024, viene immediatamente in luce un esasperato utilizzo della tecnica del rinvio, per il vero già impiegata nella tipizzazione del delitto di abusivismo di cui all'art. 30. Tutte le disposizioni sanzionatorie (penali o amministrative che siano) richiamano specifiche previsioni del MiCAR e non mancano rimandi agli atti delegati e alle norme tecniche di regolamentazione e attuazione elaborate dalle autorità di settore. Orbene, è facile intuire come il ricorso a tale tecnica normativa renda assai difficoltose la lettura e l'immediata comprensione del testo, in quanto il contenuto del precetto la cui violazione integra gli estremi dell'illecito è ricavabile soltanto mediante una non agevole combinazione tra diversi provvedimenti normativi.

A ciò si aggiunga che eventuali e probabili modifiche del Regolamento o degli atti delegati incideranno, presumibilmente, sulla delimitazione del raggio operativo delle singole fattispecie tipizzate dal d.lgs., dando luogo a incertezze sul piano della tenuta del principio di legalità e a livello di diritto successorio. In ogni caso, un così ampio ricorso alla tecnica del rinvio è destinato ad avere inevitabili ricadute sotto il profilo dell'accessibilità del dato normativo e della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie: il che complica i compiti dell'interprete e crea un non trascurabile *vulnus* agli operatori del mercato, i quali si trovano al cospetto di una disciplina di non immediata fruizione e per molti versi oscura.

A nostro parere, nonostante l'estrema prolissità dell'alternativa proposta, sarebbe stato preferibile procedere a una diretta trasposizione delle disposizioni MiCAR rilevanti, limitando allo stretto necessario il nudo rinvio agli articoli del Regolamento<sup>128</sup>.

Apprezzabile è invece la scelta del legislatore euro-unitario di definire gli abusi di mercato commessi in relazione a cripto-attività per mezzo della tecnica casistica, già utilizzata nel contesto del mercato mobiliare<sup>129</sup>. Scelta che consente di individuare con maggior precisione le tipologie di condotte vietate, accrescendo così la determinatezza delle fattispecie punite dal d.lgs. 129/2024.

Va poi sottolineata una divergenza rispetto alla disciplina del TUF: nel reprimere le violazioni in ambito MiCAR, il legislatore ha rinunciato alla costruzione di un doppio binario

---

delle autorità pubbliche, di «regolare e monitorare» ogni aspetto del mercato, essendo indispensabile che gli operatori privati contribuiscano alle attività di *enforcement*, F. Consulich, *Manipolazione del mercato e declino del sistema finanziario. Spunti di riflessione a margine del ventesimo anniversario dell'avvio del processo Parmalat*, in SP 4.9.2024, 18.

<sup>127</sup> Cfr. ESMA, *Avvertenza sulle cripto-attività*, 13.12.2024, consultabile sul portale [www.consob.it](http://www.consob.it).

<sup>128</sup> Da condividersi critiche e soluzioni proposte da F. Mucciarelli, *Gli illeciti amministrativi*, cit., 578 ss. a commento degli illeciti tipizzati dal TUF.

<sup>129</sup> Guarda con favore a una simile opzione, improntata a «frammentarietà e sussidiarietà», F. Consulich, *Market manipulation*, cit., 558 ss.

sanzionatorio<sup>130</sup>, relegando l'intervento dello *ius terribile* al solo delitto di abusivismo<sup>131</sup>. Il rischio di sovrapposizioni tra il penale e l'amministrativo viene così fugato in radice dalla presenza della clausola di riserva a favore del penale prevista in apertura dell'art. 31, autentica fattispecie *omnibus* che sanziona amministrativamente tutte le violazioni degli obblighi autorizzativi e procedurali introdotti dal MiCAR non integranti gli estremi del reato di cui all'art. 30. Se guardiamo alla tipologia di condotte punite dall'una e dall'altra norma, residua, tuttavia, qualche perplessità in merito alla ragionevolezza della scelta attuata dal nostro legislatore di punire solo in via amministrativa l'emissione e l'offerta di *crypto-assets* che non sono *token* di moneta elettronica e *token* collegati ad attività, attribuendo invece rilevanza penale alla prestazione di servizi non autorizzata relativa a tutte le tipologie di cripto-attività poste in essere da persone giuridiche e imprese (art. 59, par. 1 lett. a Regolamento MiCA), senza alcuna differenziazione di sorta. Non sembra poi trovare una razionale giustificazione il distinguo operato tra le persone giuridiche e imprese di cui al menzionato art. 59, par. 1 lett. a del MiCAR – che, in caso di violazione della riserva di attività, rispondono penalmente – e i soggetti indicati alla lett. b – enti creditizi, depositari centrali di titoli, imprese di investimento, gestori del mercato, istituti di moneta elettronica, società di gestione di un OICVM<sup>132</sup> e gestori di un fondo di investimento alternativo – i quali sono responsabili a livello amministrativo ai sensi dell'art. 32 del d.lgs. 129/2024<sup>133</sup>.

A ogni modo, le ragioni sottese alla scelta del legislatore di percorrere, a differenza di quanto avviene nel TUF<sup>134</sup>, la «rotaia preferenziale» del diritto amministrativo<sup>135</sup> sono molteplici: si va da quelle più spiccatamente economiche – considerati gli elevati costi che produce l'attivazione di due procedure parallele aventi ad oggetto il medesimo fatto storico – a quelle di natura pratica-utilitaristica. L'analisi “dinamica” del sistema delineato dal TUF, da cui la disciplina in commento ha tratto ampio spunto, ha infatti mostrato il maggiore successo riscosso dalla sanzione amministrativa, «più graduabile ed efficace» dello strumento penalistico<sup>136</sup>. Non può inoltre trascurarsi il fatto che la Consob dispone di un ampio bagaglio di competenze tecniche e di penetranti poteri di indagine, che rendono evidentemente più agevole l'individuazione e la repressione degli abusi di mercato. Considerazioni, queste, valedoli anche con riguardo al settore delle cripto-attività, nel quale le autorità competenti –

<sup>130</sup> Per uno sguardo di insieme sulla tematica, tra i molti scritti successivi alla sentenza della C.eur., 4.3.2014, *Grande Stevens et al. c. Italia* si rimanda a: F. Viganò, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *DPC* 18.11.2016; C. Silva, *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino 2018, 33 ss.; F. Consulich, *Il prisma del ne bis in idem nelle mani del giudice eurounitario*, in *DPP* 2018, 949 ss.; M. Scoletta, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, in *DPenCont-Riv. trim.* 4/2021, 180 ss.; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, 287 ss.

<sup>131</sup> F. Consulich, *Manipolazione del mercato e declino del sistema finanziario*, cit., 12.

<sup>132</sup> Acronimo di Organismo di investimento collettivo in valori mobiliari.

<sup>133</sup> Sul punto, M. Misiti, *op. cit.*

<sup>134</sup> In quell'ambito, per il vero, è lo stesso legislatore euro-unitario ad imporre il ricorso (anche) a sanzioni penali, principalmente per ragioni promozionali, in quanto l'impiego dello *ius terribile* permette di accrescere la fiducia del pubblico nel mercato mobiliare. Cfr. F. Consulich, *Manipolazione dei mercati*, cit., 204. Sul valore maggiormente stigmatizzante della sanzione penale, si leggano C.E. Paliero, A. Travi, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano 1988, 22.

<sup>135</sup> F. Consulich, *Manipolazione del mercato e declino del sistema finanziario*, cit., 12.

<sup>136</sup> Sul successo dell'illecito amministrativo punitivo nel perseguimento degli abusi di mercato: A. Tripodi, *Gli illeciti amministrativi in tema di abusi di mercato*, in *Reati in materia bancaria e finanziaria*, cit., 275; F. Consulich, *Manipolazione dei mercati*, cit., 204; ma in passato già C.E. Paliero, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *RivTrim-DPenEc.* 1993, 1027 ss.

nel nostro ordinamento Consob e Banca d'Italia<sup>137</sup> – vedono attribuirsi dal MiCAR un ampio ventaglio di poteri di normazione, di vigilanza e di indagine (cfr. art. 94 del Regolamento).

Va però detto apertamente che l'ideale *self-restraint*, mantenuto dal legislatore interno sul versante del ricorso al mezzo penalistico sostanziale, rischia di celare una sorta di truffa delle etichette, in quanto gli illeciti amministrativi, introdotti dal d.lgs. 129/2024, sembrano avere tutte le caratteristiche per poter essere ricondotti alla nozione euro-convenzionale di *matière pénale*, laddove si faccia applicazione dei ben noti criteri identificati dalla giurisprudenza sovranazionale sin dal celeberrimo caso *Engel*<sup>138</sup>. Si afferma un tanto dal momento che le sanzioni formalmente amministrative di nuovo conio non si limitano a rispondere a finalità repressive e dissuasive, ma hanno, del pari, una severità notevole, che non esitiamo a definire draconiana.

Peraltro, sottolineiamo incidentalmente che la fissazione di elevatissime cornici edittali – sia per le sanzioni irrogabili nei confronti delle persone fisiche, sia per quelle nei confronti degli enti – è accompagnata dalla pressoché totale equiparazione dei limiti di pena a fronte di illeciti evidentemente espressivi di un diverso disvalore: emblematico l'art. 33, che punisce in egual misura l'*insider trading*, la comunicazione illecita di informazioni privilegiate e la manipolazione di mercato<sup>139</sup>. La conformità di un simile assetto al principio di proporzionalità sanzionatoria appare per lo meno dubbia, e ciò tanto a livello estrinseco-ordinale quanto sul piano intrinseco-cardinale<sup>140</sup>.

Comunque sia, dall'attribuzione della natura "penale" agli illeciti qui esaminati dovrebbe conseguire la necessità di estendere loro l'apparato di garanzie penalistiche costituzionali ed euro-convenzionali: è, in effetti, quanto sta accadendo in relazione agli illeciti amministrativi punitivi in materia di abusi di mercato, ove l'azione congiunta della giurisprudenza euro-unitaria e costituzionale ha via via implementato le tutele nei confronti dei soggetti sottoposti a procedure sanzionatorie innanzi alla Consob e alla Banca di Italia<sup>141</sup> (si pensi al riconoscimento, per mano della Consulta, del diritto al silenzio dell'incolpato nel procedimento di cui all'art. 187 *quinquiesdecies* TUF<sup>142</sup>, all'estensione della garanzia della *lex mitior* in

<sup>137</sup> Per un'analisi dei procedimenti sanzionatori innanzi a Consob e Banca d'Italia: E. Bindi, A. Pisaneschi e P. Luccarelli, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob*, in *GComm.* 2021, 553 ss.

<sup>138</sup> C.eur. GC, 8.6.1976, ric. nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, *Engel e a. c. Paesi Bassi*, su cui diffusamente L. Maserà, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, 25 ss.

<sup>139</sup> Analoghe criticità sono state riscontrate analizzando la disciplina del TUF, ove però la presenza del doppio binario penale-amministrativo e le continue modifiche legislative volte ad innalzare l'entità della risposta repressiva rendono ancor più evidente la complessiva irrazionalità del sistema. Cfr. C. Silva, *La proporzionalità della pena in materia di abusi di mercato. profili problematici di un sindacato diffuso di riequilibrio sanzionatorio*, in *SP* 21.6.2023, 5; V. Napoleoni, *Diritto penale dell'economia*, Milano 2017, 603.

<sup>140</sup> Sullo scrutinio di proporzionalità nel contesto delle sanzioni amministrative, si veda da ultimo C. cost., 6.2.2023 n. 46. In dottrina: F. Viganò, *La proporzionalità della. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, 86 ss., il quale sottolinea come, in tale contesto, il giudizio di costituzionalità si fondi sul parametro di cui all'art. 3, non avendo (per lo meno sino ad oggi) la Corte ritenuto il principio di rieducazione applicabile agli illeciti amministrativi punitivi. Altresì, F. Mazzacuva, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in *questa Rivista*, 7.12.2020.

<sup>141</sup> Rimandiamo alla ricognizione di: D. Guidi, *Poteri della Consob ed estensione delle garanzie "penalistiche" al procedimento sanzionatorio amministrativo: verso un nuovo punto di equilibrio*, in *RivTrim-DPenEc.* 2023, 438 ss.; E. Bindi, *L'ampliamento del contraddittorio nel procedimento sanzionatorio Consob: alcuni spunti per rafforzare un percorso già iniziato*, in *SOC* 2023, p. 128 ss.

<sup>142</sup> Cfr. C. cost., 30.4.2021 n. 84, commentata da C. Bonzano, *Matière pénale e diritto al silenzio: la Consulta mette un punto fermo... o quasi*, in *DPP* 2022, 47 ss. che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecies* TUF «nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato». La declaratoria di incostituzionalità è stata preceduta

relazione agli illeciti amministrativi di cui all'art. 187 *bis* e *ter*<sup>143</sup>, o, ancora, all'affermazione del principio di irretroattività della confisca per equivalente *ex art.* 187 *sexies* co. 2<sup>144</sup> e alla sottoposizione allo scrutinio di proporzionalità della confisca amministrativa di cui all'art. 187 *sexies*<sup>145</sup>).

E, tuttavia, nonostante il progressivo accrescimento dei presidi garantistici in relazione all'illecito amministrativo "para-penale"<sup>146</sup>, è inevitabile che la decisione di seguire la strada amministrativa – di certo più appagante in termini di deflazione della macchina penale e di rapidità – finisca per scontare un'inevitabile diminuzione del livello di tutela dei diritti dei soggetti sottoposti a procedimento e sanzione. Basti pensare che – a oggi – in ambito amministrativo-punitivo non è richiesto il rispetto dello standard di prova dell'al di là di ogni ragionevole dubbio. Secondo l'opinione prevalente, la responsabilità viene, infatti, qui accertata sulla base di regole probatorie più blande, che fanno leva sui fumosi e più elastici concetti di «ragionevole probabilità», di «preponderanza dell'evidenza» o sulla logica del «più probabile che non»<sup>147</sup>. Il che rappresenta un deficit esiziale se è vero che – come ha affermato esplicitamente la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>148</sup> – tale standard probatorio assurge ad essenziale corollario della presunzione d'innocenza, la quale costituisce, a sua volta, «la prima e fondamentale garanzia che il procedimento assicura al cittadino»<sup>149</sup>.

Pertanto, una volta preso atto del ruolo di assoluto protagonista assunto dall'illecito amministrativo nella repressione degli abusi di mercato (anche in relazione alle crypto-attività soggette al MiCAR), non può che auspicarsi l'introduzione, per mano del legislatore, di un apparato di salvaguardie di tipo procedimentale *ad hoc*. Queste ultime non devono essere per forza mutate *in toto* da quelle vigenti in materia penalistica, ma vanno costruite tenendo

---

da una pronuncia della Corte di Lussemburgo (sollecitata dalla stessa Consulta) che – anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU – ha confermato l'esistenza del diritto al silenzio, collocandolo «al centro della nozione di equo processo». Cfr. C.G. UE 2.2.2021, C-481/19. Sulla vicenda: G. Lasagni, *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi punitivi (e la Corte costituzionale conferma)*, *GComm.* 2021, 1179 ss. Non sfuggirà, peraltro, come problemi di analogo tenore potrebbero sorgere, in particolare, per quanto concerne il sopra menzionato art. 35 del d.lgs. 129 del 2024, il quale sanziona le persone fisiche e giuridiche che non ottemperino alle richieste od omettano di collaborare con le autorità. Nel caso tale fattispecie venga considerata sostanzialmente penale, gli obblighi dalla stessa imposti possono, invero, finire per confliggere proprio con quei pilastri del diritto di difesa penalistico, costituiti dal diritto al silenzio e di non collaborare.

<sup>143</sup> Cfr. C. cost. 20.2.2019 n. 63, con nota di M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *DPC* 2.4.2019.

<sup>144</sup> C. cost. 25.10.2018 n. 223, con nota di F. Consulich, *La materia penale: totem o tabù? Il caso della retroattività in mitius della sanzione amministrativa*, in *DPP* 2019, 467 ss.

<sup>145</sup> C. cost. 10.5.2019 n. 112, con nota di R. Acquaroli, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla Corte costituzionale*, in *DPP* 2020, 197 ss.

<sup>146</sup> Sul punto rimandiamo alle interessanti osservazioni di V. Manes, *La riconversione garantistica dell'illecito para-penale: il concorso mediante omissione dei sindaci nell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato ex art. 187 ter Tuf*, in *SP* 15.3.2024.

<sup>147</sup> Così F. Consulich, *Manipolazione del mercato e declino del sistema finanziario*, cit., 15, secondo cui il mancato riconoscimento della *BARD* rule costituirebbe, per lo meno sul versante sostanziale, «l'ultimo criterio differenziale, in termini di garanzia, tra sanzioni penali ed amministrative punitive». Nella direzione del riconoscimento del canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio nei procedimenti amministrativi di carattere punitivo-afflittivo sembra muoversi una recente sentenza del Consiglio di Stato in materia di Antitrust, la quale – dopo aver ribadito la natura «penale in senso convenzionale delle sanzioni irrogate dall'Autorità indipendente» – ha affermato che «qualora sussista un dubbio nella mente del giudice» in merito all'esistenza degli elementi idonei a dimostrare l'esistenza degli elementi costitutivi che integrano l'infrazione, «esso deve andare a beneficio» del destinatario «della decisione che constata un'infrazione». Cfr. C.st. 9.5.2022 n. 3570, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>148</sup> V., ad esempio, C.eur. 6.12.2022, *Kerimoğlu v. Turkey*, § 67.

<sup>149</sup> Così L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Firenze 1895, 15.

comunque conto della particolare fisionomia e gravità delle sanzioni irrogabili – che seppur non privano gli individui della libertà personale, possono avere una portata economico e interdittiva di enorme afflittività – dei destinatari di tali sanzioni (principalmente enti e persone giuridiche) e delle peculiarità del sistema in cui esse sono chiamate ad operare<sup>150</sup>.

6. Come si è cercato di mettere in luce, l’approvazione del MiCAR e il suo recepimento nell’ordinamento italiano, a opera del d.lgs. 129/2024, rappresentano uno snodo importante nella regolamentazione del mercato delle cripto-attività. Benché la normativa di nuovo conio susciti alcune perplessità sul versante della tecnica legislativa adottata, specie con riguardo all’individuazione dell’ambito applicativo, essa si fa comunque nel complesso apprezzare per il tentativo di disciplinare fenomeni complessi e forieri di rischi eccessivi per la stabilità del mercato e per gli investitori.

Per di più, come si è avuto modo di vedere, il nuovo apparato normativo produce effetti positivi anche sul versante della giustizia penale e del diritto amministrativo-punitivo. È ben vero che la tipizzazione di nuove figure di illecito che reprimevano le violazioni del MiCAR costituiva una scelta per molti versi obbligata per il nostro legislatore, il quale era tenuto a conformare la normativa interna alle prescrizioni dell’art. 111 del Regolamento. Nondimeno, è di intuitiva evidenza che la predisposizione di adeguati strumenti sanzionatori risulti un presidio chiave per tutelare il virtuoso funzionamento dell’intero sistema delle cripto-attività delineato in sede euro-unitaria. Solo in questo modo era, infatti, possibile garantire effettività, a monte, all’intera disciplina, riducendo i rischi di condotte patologiche.

Se ciò è vero, alla luce di quanto affermato nei precedenti paragrafi, il giudizio sulla bontà della scelta, operata dal d.lgs. in commento, di ridurre al minimo il ricorso allo *ius terribile* in favore dell’illecito amministrativo punitivo, seppur astrattamente condivisibile, non può, tuttavia, che lasciare il sapore di una parziale occasione perduta. Da una parte, una simile opzione appare coerente con le recenti strategie di contrasto alla criminalità economica e finanziaria, e comporta un indubbio guadagno in termini di efficienza e di celerità; dall’altra, però, i vantaggi sul piano preventivo e punitivo non sembrano oggi accompagnati da un soddisfacente apparato di garanzie operanti nei confronti dei soggetti sottoposti a tali sanzioni, di natura formalmente amministrativa, ma, di fatto, sostanzialmente penali.

Giunti a questo punto, occorre più in generale riconoscere come, tanto il MiCAR, quanto la corposa disciplina antiriciclaggio approvata dall’Unione in questo settore, non possano essere considerati dei punti d’arrivo, ma solo i primi passi di un percorso che deve essere necessariamente più ampio e ambizioso. Onde contrastare in modo efficace i traffici illeciti che abbiano a oggetto cripto-attività è, invero, indispensabile focalizzare l’attenzione su profili ancora oggi non sufficientemente esplorati, come quelli legati, per un verso, ai rischi specifici determinati dal funzionamento delle tecnologie basate sul registro distribuito<sup>151</sup>, e, per un altro, alle peculiarità che caratterizzano le investigazioni in questo settore.

Da tale seconda prospettiva, l’esperienza insegna, infatti, che l’attività di contrasto alla criminalità che abbia a oggetto *cripto-assets*, oltre a presentare il più delle volte una spiccata matrice transazionale (il che, data la volatilità e la rapidità delle transazioni, richiederebbe di predisporre strumenti di cooperazione di polizia e giudiziaria *ad hoc*, in grado di consentire

<sup>150</sup> Ove, come visto, un ruolo chiave – anche sul piano della prevenzione e repressione degli abusi – è riservato alle autorità competenti e all’autoregolamentazione degli operatori del mercato.

<sup>151</sup> Si pensi, ad esempio, ai rischi determinati dal fatto che questi strumenti possono operare in modo del tutto decentralizzato, i quali richiedono di adottare delle strategie di contrasto *ad hoc*. Si veda, al riguardo, G. Soana, *op. cit.*, 218 ss. il quale giustamente rileva come negli atti più recenti (e, in particolare, con il regolamento *Travel rule*) il legislatore europeo si stia sempre più rendendo conto di ciò, avendo perché inaugurato una terza fase di regolamentazione del fenomeno in esame.



uno scambio di informazioni e di dati estremamente rapido<sup>152</sup>), si fondano sull'impiego incrociato di plurimi atti di indagine tecnologici specifici, particolarmente avanzati<sup>153</sup>. Si allude, sia a forme eterogenee di raccolte massive di dati da fonti aperte (c.d. OSINT) e – in particolare – da *social network* (c.d. SOCMIT), sia – e soprattutto – all'utilizzo di algoritmi di analisi della *blockchain* (c.d. *blockchain analysis*)<sup>154</sup>, i quali si sono dimostrati con il tempo ausili essenziali per gli investigatori nel difficile compito di ricostruire le transazioni e di deanonimizzarle.

Ma vi è di più: un altro settore particolarmente delicato, con riferimento al quale ci sono state finora solo timide aperture a livello di disciplina positiva europea<sup>155</sup>, è quello dei sequestri e delle confische dei *crypto-assets*<sup>156</sup>. Come è stato messo in luce finanche nell'ambito del Fondo Monetario Internazionale, il fenomeno in esame «*require adjusting some legal requirements and practices (e.g., freezing/seizing orders to be issued by a court)*»<sup>157</sup>, onde consentire di realizzare un'attività di prevenzione e di repressione efficiente. Ciò si deve al fatto che la procedura volta all'ablazione di questa categoria di beni è caratterizzata da molteplici complessità di ordine tecnico, frutto della loro natura immateriale e volatile<sup>158</sup>.

Tutto ciò fa comprendere, da un'ulteriore angolazione, come le forme di criminalità in cui vengano in rilievo *crypto-asset* pongano sfide tanto complesse ai sistemi di giustizia penale contemporanei, da obbligare gli stessi ad assumere un atteggiamento proattivo, teso ad aggiornare progressivamente i propri ecosistemi normativi e operativi onde cercare di

<sup>152</sup> È questo, del resto, l'auspicio manifestato dagli stessi appartenenti alle forze dell'ordine che quotidianamente sono impegnati nell'attività di contrasto a questo tipo di criminalità: v. V. Giordano, *L'attività della Guardia di Finanza nell'ambito del sistema antiriciclaggio ed il contrasto all'utilizzo dei cryptoassets per finalità illecite*, in *Riv. della Guardia di Finanza*, 2022, 512.

<sup>153</sup> Per una panoramica analitica sul punto, v. N. Furneaux, *There's No Such Thing as Crypto Crime. An Investigative Handbook*, Chichester 2025, in particolare 109 ss.

<sup>154</sup> Per un'ampia disamina di tali strumenti, v. D. Carlisle, *op. cit.*, 63 s.; A. Balaskas e V.N.L. Franqueira, *Analytical Tools for Blockchain: Review, Taxonomy and Open Challenges*, in *International Conference on Cyber Security and Protection of Digital Services (Cyber Security)*, Glasgow, UK, 2018, pp. 1-8; N. Furneaux, *op. cit.*, 125 ss.; G. Soana, *op. cit.*, 224 ss.; C. Pelker Alden, C. Brown e R. Tucker, *Using Blockchain Analysis from Investigation to Trial*, in *Department of Justice Journal of Federal Law and Practice*, 2021, 59–100.

<sup>155</sup> Il riferimento va alla direttiva 2024/1260/UE, la quale menziona esplicitamente le cripto-attività nel suo ambito operativo.

<sup>156</sup> Per un'ampia disamina della tematica, cfr. N. Furneaux, *op. cit.*, 445 s.

<sup>157</sup> Così si esprime, testualmente, il report del Fondo monetario internazionale, redatto N. Schwarz (e altri), *Virtual Assets and Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (1): Some Legal and Practical Considerations*, in *FinTech Notes* No 2021/002.

<sup>158</sup> Si considerino, solo per fare alcuni esempi, le difficoltà nell'individuare e nell'apprendere la chiave privata, necessaria onde poter trasferire i fondi presenti nel *wallet* oggetto di sequestro. Specie nel caso di un *hardware wallet*, poiché la *password* è conservata all'interno di un dispositivo digitale fisico (si pensi a Ledger o Trezor), la sua apprensione presuppone la conoscenza del *pin* di sblocco del predetto *device*. Ma non è tutto. Pure qualora l'autorità inquirente riesca ad ottenere la disponibilità della chiave privata, l'indagato – o un suo complice – potrebbe aver copiato e archiviato (in formato digitale o cartaceo) siffatta *password*, potendo così accedere da remoto al *wallet* e trasferire il “denaro” *ivi* presente. Inoltre, l'utilizzo del cd. *backup recovery seed*, consentendo al titolare del *wallet* di recuperare in ogni momento la disponibilità delle somme, potrebbe eludere il vincolo reale (solo apparente) imposto sul bene. Ed è proprio per fugare l'insieme di questi pericoli che le più avanzate linee guida sviluppatasi in materia a livello internazionale (cfr., ad esempio, iPROCEEDS-2, *Guide on seizing cryptocurrencies*, 23 s. e GAFILAT, *Guide on Relevant Aspects and Appropriate Steps for the Investigation, Identification, Seizure, and Confiscation of Virtual Asset*, December 2021, 104) suggeriscono, in linea di principio, di trasferire la somma da congelare su un *wallet* “statale”, posto sotto controllo dell'autorità di *law enforcement*. Per una panoramica operativa delle tecniche da seguire per sequestrare efficacemente le cripto-attività, cfr. N. Furneaux, *op. cit.*, 445 s., nonché A. Owen, M. Nizzero e A. Larkin, *Seizing Crypto: When Asset Recovery Goes Digital*, in [www.rusi.org](http://www.rusi.org) 13.6.2024.

affrontarle<sup>159</sup>. Purtroppo, va ammesso come l'ordinamento italiano presenti, per parte sua, ancora vistose criticità a questo riguardo. Se, infatti, per quanto concerne il piano sostanziale, anche grazie al provvedimento in commento, alcuni passi avanti sono stati fatti, sul piano processuale non si possono che denunciare, anzitutto, le gravi lacune che affliggono il codice di rito per quanto concerne i mezzi di ricerca della prova ad alto contenuto tecnologico. Non è un mistero, del resto, come, pur a fronte delle oramai continue censure della dottrina<sup>160</sup>, il nostro ordinamento continui a non disciplinare un ampio novero di forme di *digital investigations* oggi essenziali per il contrasto alla criminalità (basti pensare al pedinamento GPS, alle videoriprese investigative, al *virus trojan* impiegato in modalità diversa rispetto alla semplice captazione ambientale o al sequestro di *device*<sup>161</sup>), tra cui vanno annoverati anche gli strumenti sopra menzionati dell'OSINT e della *blockchain analysis*. Per di più, va rilevato come il legislatore nostrano, a differenza di quello di altri Paesi<sup>162</sup>, non abbia, finora, dettato neppure previsioni *ad hoc* in materia di sequestri e confische di cripto-attività, facendo così sorgere delicate problematiche applicative<sup>163</sup>. Ed è chiaro che, per evitare che l'arretratezza complessiva del tessuto codicistico sul punto finisca per determinare frutti avvelenati sempre maggiori, tanto per quanto concerne l'efficienza delle indagini, quanto – e soprattutto – per il rispetto dei diritti fondamentali della persona, si rende necessario un netto cambio di passo. Fenomeni come quello della criminalità sulla *blockchain* dimostrano, insomma, come sia indispensabile aprire al più presto un ambizioso cantiere di riforma dedicato al rapporto tra giustizia penale e nuove tecnologie. Solo così si potrà sperare di stare al passo delle organizzazioni criminali, evitando che continui a concretizzarsi quanto preconizzato, sul finire del secolo scorso, dai più cupi manifesti *Cypherpunk*, ovvero sia che uno spettro continui a infestare «*the modern world, the specter of crypto anarchy*»<sup>164</sup>.

<sup>159</sup> Cfr., al riguardo, le articolate raccomandazioni approvate nel 2024 da Europol e dal Basel Institute on Governance, *A race against time: Europol – Basel Institute on Governance recommendations on preventing and combating the criminal use of cryptocurrencies*, in [baselgovernance.org](https://www.baselgovernance.org).

<sup>160</sup> In generale, sulla necessità di un intervento legislativo volto a regolamentare queste nuove strumentazioni investigative, v., pur con differenti prospettive di riforma, M. Gialuz, *Premessa*, in *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020 n. 7*, in *Dir. di internet* 2020, Supplemento al n. 3, 7; S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *CP* 2015, 789 ss.; M. Miraglia, *Il "Trojan (non) di Stato": una disciplina da completare*, in *PPG* 2023, 1227 ss.; F. Nicollicchia, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Milano 2020, *passim*; W. Nocerino, *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Milano 2021, 317 ss.; e, volendo, J. Della Torre, A. Malacarne, *L'utilizzo dei file di log per scopi di contrasto alla criminalità: nodi problematici e possibili soluzioni*, in *AP* 3/2023.

<sup>161</sup> È noto, peraltro, come almeno a questo riguardo è stata approvata lo scorso anno dal Senato il ddl 806, sul sequestro di dispositivi, sistemi informatici o memorie digitali. Per un commento, cfr. A. Chelo, *Tanto tuonò che piove: il nuovo sequestro di dispositivi informatici*, in *PenaleDP* 2024; S. De Flammeis, *Le sfide della prova digitale: sequestri, chat, processo penale telematico e intelligenza artificiale*, in *SP* 7.3.2024; O. Murro, *Lo smartphone come fonte di prova. Dal sequestro del dispositivo all'analisi dei dati*, Milano 2024.

<sup>162</sup> Il Regno Unito, ad esempio, ha adottato un ampio *corpus* normativo sul punto a seguito dell'approvazione dell'*Economic Crime and Corporate Transparency Act* (2023).

<sup>163</sup> Per un quadro di sintesi degli stessi, cfr. M. Antinucci e D. Scampoli, *Il sequestro e la confisca di bitcoin*, in *DPP* 2024, 1083; F. Cajani, *Sequestri di files e Bitcoin: i riflessi della dematerializzazione di beni e valute sulla disciplina penal-processualistica italiana*, *ivi* 2021, 742; P. Dal Checco, *Sequestro e confisca: tecnica e procedura*, in *Criptoattività, criptovalute e Bitcoin*, a cura di S. Capaccioli, Milano 2021, 329; R. Lupo, *Quale sequestro per le criptovalute?*, in *ilCentuario* 2020, 50 ss.

<sup>164</sup> *The Crypto Anarchist Manifesto*, in <https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/crypto/cypherpunks/may-crypto-manifesto.html>.

**DILEMMI PRATICI E GIURIDICI DELLA DISOBEDIENZA CONSAPEVOLE\***

di Alberto Evangelisti (*Capitano di Fregata e Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale, Marina Militare*)

Il testo affronta i dilemmi etici e giuridici della disobbedienza in ambito militare, analizzando il delicato equilibrio tra l'obbligo di obbedire agli ordini e il dovere di disobbedire quando tali ordini siano manifestamente illegittimi. L'ordinamento militare, caratterizzato da una rigida gerarchia e disciplina, impone ai militari l'esecuzione pronta e incondizionata degli ordini, salvo eccezioni previste dalla normativa, come nel caso di ordini contrari alla legalità o rivolti contro le istituzioni dello Stato. Attraverso riferimenti al Codice dell'ordinamento militare e alla normativa penale, si evidenziano i limiti all'obbedienza e i criteri per identificare ordini illeciti. Vengono analizzate situazioni concrete, come le operazioni SAR nel Mediterraneo e i casi giurisprudenziali legati al *whistleblowing* e alla responsabilità penale per esecuzione di ordini illeciti. Il testo sottolinea peraltro il ruolo della formazione militare nel bilanciare il rispetto della legalità con l'efficienza operativa, evidenziando pur tuttavia quanto tale distinzione possa risultare non agevole per il militare che si trova costretto ad operarla di volta in volta, anche a causa di contorni che la giurisprudenza attribuisce alle condotte lecite ed illecite degli stessi, spesso legate ad interpretazioni tecniche difficilmente alla portata immediata del militare medio, specialmente per l'impatto di tali dinamiche psicologiche e ambientali sulla decisione di disobbedire in contesti critici.

The text examines the ethical and legal dilemmas of disobedience in the military domain, analyzing the delicate balance between the obligation to obey orders and the duty to disobey when such orders are manifestly unlawful. The military legal framework, characterized by a strict hierarchy and discipline, requires military personnel to promptly and unconditionally execute orders, except in cases expressly provided by law, such as orders that contravene legality or are directed against state institutions. By referencing the Military Code of Conduct and criminal law provisions the text outlines the limitations of obedience and the criteria for identifying unlawful orders. It delves into concrete scenarios, such as Search and Rescue (SAR) operations in the Mediterranean, jurisprudential cases related to whistleblowing, and criminal liability for executing illegal orders. The analysis highlights the role of military training in balancing respect for legality with operational efficiency, while acknowledging the challenges faced by service members in making such distinctions on a case-by-case basis. This difficulty is further compounded by the interpretative nuances that jurisprudence assigns to lawful and unlawful conduct, which often involve technical assessments beyond the immediate understanding of the average service member. The psychological and environmental dynamics influencing the decision to disobey in critical contexts are also underscored as significant factors in these situations.

Dovendo affrontare il tema legato ai dilemmi etici e giuridici della disobbedienza, non posso fare a meno di pensare a un caro collega e amico con cui ho condiviso una stanza all'Ufficio di Consulenza Legale dello Stato Maggiore. Lui, di formazione e inclinazione un "internazionalista", mi attribuiva – immeritatamente – l'etichetta di "costituzionalista". Tra un

---

\* Il testo ulteriormente elabora i contenuti di una relazione tenuta nel Seminario *L'adempimento dell'ordine, tra responsabilità e obbedienza. Profili di diritto penale militare e internazionale* (Pisa, 23 settembre 2024), iniziativa del progetto finanziato dall'Unione Europea - NextGenerationEU a valere sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Missione 4 Istruzione e ricerca – Componente 2 Dalla ricerca all'impresa - Investimento 1.1, Avviso Prin 2022 indetto con DD N. 1409 del 14/9/2022, dal titolo "The Problem of Responsible Obedience (ABIDE)", codice proposta P20229FK2F – CUP I53D23007270001.

po' di goliardia e amichevoli sfottò, mi ricordava sempre che i costituzionalisti finiscono inevitabilmente per invocare il bilanciamento tra diritti. Ecco perché mi sento un po' in difficoltà a esordire dicendo che, anche in questo caso, ci troviamo nel classico esempio di bilanciamento necessario fra principi. Da una parte c'è evidentemente la necessità di far funzionare lo strumento militare, un sistema caratterizzato da peculiarità rilevanti, prima fra tutte una disciplina rigorosa basata su una gerarchia altamente formalizzata. Dall'altro, c'è l'altrettanto imprescindibile esigenza di assicurare che questo strumento, insieme al personale che lo compone, operi sempre nel pieno rispetto della legalità.

In Accademia Navale formiamo e addestriamo (i due termini sono volutamente distinti: mentre la formazione ha una dimensione principalmente culturale, l'addestramento rientra essenzialmente nell'ambito operativo e tecnico-militare) giovani che non hanno ancora maturato esperienze pregresse significative. Tra le materie che insegniamo vi è quella che porta il suggestivo nome di "Ordinamento", una disciplina che mi capita di trattare personalmente.

In questo ambito, partendo dalle disposizioni del Codice dell'ordinamento militare (COM), primo fra tutti l'art. 1346 che reca la rubrica "Disciplina Militare", insegniamo ai frequentatori come essenzialmente la disciplina poggia su tre pilastri:

- il principio di gerarchia, vale a dire l'esistenza, nell'ambito militare, di una struttura organizzativa che prevede superiori gerarchici e subordinati, definita in maniera rigorosamente formalizzata;
- il principio di subordinazione gerarchica, ovvero la relazione funzionale che intercorre tra superiori e subordinati all'interno della gerarchia;
- il dovere di obbedienza, che si sostanzia nell'obbligo dei subordinati di attenersi agli ordini impartiti dai loro superiori.

Il dovere di obbedienza, però, non è assoluto e applicabile a qualsiasi relazione gerarchica, ma limitato alle disposizioni – intese come quelle affidate alla produzione scritta (circolari, dispacci ecc.) – e agli ordini.

Ora, l'ordine, a differenza delle fonti giuridiche a cui siamo abituati, non ha una formulazione né una forma predefinite, essendo nella maggior parte dei casi di natura orale e caratterizzato da immediatezza, poiché trasmesso direttamente dal superiore al subordinato. Ciò non di meno, anche l'ordine militare ha dei propri elementi essenziali:

- elemento soggettivo: l'ordine deve essere impartito da un superiore gerarchico che sia formalmente autorizzato a emetterlo;
- elemento oggettivo: il contenuto dell'ordine deve essere attinente al servizio<sup>1</sup>;
- obbligo di esecuzione o dovere di obbedienza;
- sanzioni in caso di mancata esecuzione: il mancato adempimento dell'ordine può comportare conseguenze di natura disciplinare e/o penale per il subordinato.

Peraltro, l'art. 1349 COM esclude l'applicabilità dei capi I, III e IV della l. 7.8.1990 n. 241 all'ordine militare, escludendo in pratica tanto la necessità di motivazione quanto la necessità di considerare lo stesso alla stregua di un procedimento amministrativo.

Quanto al dovere di obbedienza, poi, va precisato che questa deve essere pronta, quindi immediata e repentina. Nel vecchio regolamento di disciplina militare, abrogato con l'introduzione del COM, si disponeva che il militare dovesse eseguire gli ordini ricevuti con prontezza, senso di responsabilità ed esattezza.

---

<sup>1</sup> Secondo l'art. 1349 COM, infatti, l'ordine deve essere attinente alla disciplina, riguardare le modalità di svolgimento del servizio e non eccedere i compiti istituzionali.

Qualora l'ordine ricevuto sia in contraddizione con un precedente ordine, il militare ha il dovere di rappresentare la cosa al superiore che ha dato il secondo ordine; qualora, però, tale ordine venga confermato, egli è tenuto all'esecuzione<sup>2</sup>.

Il contesto addestrativo, e più in generale normativo, descritto contribuisce a radicare nel militare una idea abbastanza chiara: l'ordine deve essere eseguito senza esitazioni. Non vi è obbligo, da parte del superiore, di giustificare l'ordine impartito o di formalizzarlo in una specifica modalità. L'esistenza di una forma scritta dell'ordine ha, tutt'al più, rilievo *per probationem*. Di conseguenza, l'eventuale rifiuto del militare nell'esecuzione dell'ordine "a meno che non gli venga posto per iscritto", si risolverebbe in un ritardo nella esecuzione e, dunque, in una disobbedienza all'ordine stesso.

Del resto, la specialità della condizione militare è una questione ampiamente riconosciuta anche in ambito giurisprudenziale dove si discute, caso per caso, fino a che punto tale specialità possa derogare alle normali previsioni di legge.

Un esempio relativamente recente è rappresentato dalla autorizzazione alla formazione di associazioni militari a carattere sindacale, resa possibile esclusivamente a seguito alla giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>3</sup>, che ha radicalmente modificato il proprio orientamento sul punto a seguito di sopravvenute pronunce della Corte EDU. Pur ammettendo la possibilità per i militari di costituire associazioni sindacali, si è ribadita la peculiarità della condizione militare di cui parlavamo, prevedendo limiti specifici. Ad esempio, permane il divieto di esercitare il diritto di sciopero in ragione della necessità prevalente di garantire il funzionamento delle Forze Armate, così come il divieto di "commistione" fra associazioni sindacali ordinarie e militari.

Un altro esempio, ancora più recente, è costituito dalla disciplina del c.d. *whistleblower*: con un recente parere il Consiglio di Stato ha infatti precisato che la disciplina del *whistleblowing* fa salve, per il personale militare e delle Forze di polizia (a ordinamento militare e civile), le rispettive normative di settore. Queste ultime non possono ritenersi derogate né devono fare "un passo indietro" rispetto alle disposizioni del d.lgs. 10.3.2023 n. 24, essendo la loro applicazione esclusivamente funzionale alla tutela della difesa nazionale e dell'ordine e sicurezza pubblica<sup>4</sup>.

In sostanza, al militare è preclusa la possibilità di segnalare in maniera anonima attività contrarie alla normativa anticorruzione di cui fosse testimone per ragioni di servizio, dovendo necessariamente effettuare la prevista segnalazione per via gerarchica.

Di base, quindi, il militare è consapevole di far parte di un ordinamento caratterizzato da forti specialità, in cui la compressione di taluni diritti è perfettamente lecita e la presenza di doveri estranei al comune cittadino è parte integrante della propria quotidianità.

Fra questi doveri, come detto, c'è quello di obbedire agli ordini che, purché siano emanati dal superiore a ciò legittimato e rimangano nell'ambito del servizio, possono non essere costituiti da alcuna formalità specifica ma, al contempo, richiedono una esecuzione pronta e completa, che non ammette sindacati particolari. Questo, a meno che non incorrano le condizioni per le quali il subordinato è invece tenuto alla disobbedienza di cui si dirà.

Dunque, il militare sa che, a meno di trovarsi in presenza di condizioni del tutto eccezionali – quantomeno dal punto di vista statistico – di fronte a un ordine la reazione più scontata è la pronta esecuzione.

---

<sup>2</sup> Il senso della disposizione è quello secondo cui il potenziale contrasto fra ordini debba venire risolto sempre dal superiore gerarchico che ha formulato l'ultimo ordine in senso temporale. Si esclude quindi dal processo di valutazione il subordinato che riceve l'ordine, a cui spetta esclusivamente il dovere di rappresentare tale potenziale contrasto.

<sup>3</sup> C. cost., 13.6.2018 n. 120, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>4</sup> Cons. Stato, par. 30.11.2023 n. 1485, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Veniamo al dovere di disobbedienza. Tralasciando la parte relativa alla ricostruzione storica del quadro normativo – quindi al passaggio dalla disciplina speciale prevista dall'art. 40 Cmpmp a quella ordinaria costituita dal combinato disposto degli artt. 1349 del COM, 51 Cp e 729 TuOM – ci troviamo di fatto di fronte a una eterogeneità di situazioni in cui il militare deve, con una certa gradualità di comportamenti, disobbedire all'ordine ricevuto o, quantomeno, rappresentare i propri dubbi di liceità sullo stesso.

L'art. 1349 COM prescrive che «Il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori».

Vengono descritte quindi due distinte situazioni: la prima riguarda l'ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato, circostanza che, fortunatamente, oggi tende a rimanere confinata a casi di scuola. Scenario che si riferisce a ordini di natura chiaramente eversiva, per i quali il riconoscimento dell'illegittimità appare relativamente agevole.

Potrei riferirvi, così, un esempio che risale al periodo in cui, durante il mio incarico presso lo Stato Maggiore a Roma, svolgevo il servizio di guardia come “Comandante della Guardia” al Quirinale. Sebbene tale servizio abbia una funzione prevalentemente simbolica e di rappresentanza, piuttosto che di sicurezza (affidata a diversi soggetti), posso affermare con ragionevole certezza che un mio ipotetico ordine diretto contro il Presidente della Repubblica sarebbe stato immediatamente riconosciuto come illegittimo. I militari sotto il mio comando non solo si sarebbero rifiutati di eseguirlo, ma con ogni probabilità mi avrebbero consegnato ai Carabinieri presenti sul posto senza esitazioni.

Tuttavia, anche il caso dell'ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato potrebbe, in teoria, aprire a casistiche di difficile valutazione. Si pensi, ad esempio, a un caso di c.d. golpe, in cui una parte delle istituzioni tenta di soverchiare e destituire un'altra. In un contesto simile, potrebbe insinuarsi nel militare l'errata convinzione che l'ordine, apparentemente proveniente da una istituzione legittima, sia del tutto lecito. Del resto, in situazioni di colpo di stato non è sempre agevole individuare quale delle parti stia effettivamente tentando di sovvertire l'ordine istituzionale esistente.

Chiudiamo questa casistica relativa ai “casi di scuola” e passiamo alla seconda, quella degli ordini che costituiscono manifestamente reato. In questo ambito, alla previsione dell'art. 1349 COM, fa da contraltare quella dell'art. 729 TuOM secondo cui il militare al quale è impartito un ordine che non ritiene conforme alle normative in vigore deve, con spirito di leale collaborazione, farlo presente a chi lo ha impartito e, in caso l'ordine sia confermato, è tenuto all'esecuzione.

Si apre quindi per il militare un ventaglio di scelte che spaziano dall'obbligo di esecuzione, al sindacato di ordini ritenuti “non conformi alle normative vigenti” – con esecuzione in caso di conferma – fino all'obbligo di non eseguire quelli che costituiscono manifestamente reato.

La valutazione dell'eventuale illiceità si inserisce dunque in un quadro normativo articolato, che comprende leggi nazionali, trattati internazionali, ulteriormente delineato dalle interpretazioni fornite da corti internazionali, come la ICC o la Corte EDU.

Di fatto, un militare che si trovi dinnanzi a un ordine della cui legittimità non sia certo, si trova fra una sorta di incudine, rappresentata dall'ipotesi di eseguirlo e rischiare di rispondere del reato commesso, e il martello della non esecuzione ingiustificata, che potrebbe configurare il reato di disobbedienza previsto dall'art. 173 Cmpmp.

L'art. 51 Cp infatti ritiene punibile, oltre al soggetto che ha dato l'ordine costituente reato, anche colui che lo ha eseguito, a meno che, per errore di fatto, questi non fosse convinto di eseguire un ordine lecito o – come previsto dall'ultimo comma – qualora la legge non consenta alcun sindacato sull'esecuzione.

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza sulla disobbedienza non è sempre di immediata intellegibilità per il “militare medio”: da un lato, fa rientrare nella disobbedienza anche il mero ritardo nell’esecuzione o l’esecuzione non pronta; dall’altro, i confini della disobbedienza vengono spesso delineati attraverso interpretazioni *ex post* sulla natura di determinati comportamenti o atti. Interpretazioni che non sono facilmente fruibili da chi, come il militare medio, non possiede una cultura giuridica superiore a quella del cittadino comune.

Ad esempio, la Corte di Cassazione ha, in più occasioni, ritenuto configurabile il reato di disobbedienza nella mancata firma per presa visione della documentazione valutativa periodicamente redatta dai superiori<sup>5</sup>. Di contro, con una pronuncia del 2017, la stessa Corte ha escluso la configurazione del reato nel caso di opposizione alla sottoscrizione di un processo verbale della commissione di disciplina relativo a una sanzione disciplinare inflitta all’interessato, posizione che sembra peraltro ribaltare un suo precedente più risalente<sup>6</sup>.

Al di là delle ragioni giuridiche che hanno spinto la Cassazione ad adottare interpretazioni differenti nei casi citati, oggettivamente motivate dal diverso valore che i due documenti rivestono ai fini del servizio, pragmaticamente, il militare medio percepisce tali decisioni come tendenzialmente randomiche: pare, invero, difficile individuare un margine di sicurezza entro cui operare per sfuggire alle maglie della disobbedienza.

Ancora, la Suprema Corte ha distinto, affinché possano dirsi integrati gli estremi della disobbedienza, le condizioni di *aspettativa o convalescenza*<sup>7</sup>, ritenendo queste ultime assimilabili al servizio – con conseguente possibilità di configurare il reato – dalla *sospensione dal servizio*, in cui non è dato ravvisare la disobbedienza poiché il militare è considerato esterno al servizio. Anche in questo caso, se da un lato appaiono pienamente condivisibili le conclusioni cui è giunta la Cassazione sul piano normativo, permane una sorta di indeterminatezza dei confini del reato per il militare medio che, verosimilmente, tenderà alla pronta esecuzione dell’ordine, pur di evitare la contestazione.

Nel complesso, emerge quindi un quadro giuridico in cui l’art. 173 Cpm – che prevede il reato di disobbedienza – tutela l’esigenza di assicurare il corretto funzionamento dell’apparato militare, imponendo l’osservanza dell’ordine impartito dal superiore gerarchico e limitando le possibilità di sindacato e, ancora di più, di disobbedienza ai soli casi espressamente previsti dall’art. 1349 COM e dall’art. 729 TuOM. Tali condizioni sono ulteriormente integrate dall’applicazione, anche in ambito militare, dell’art. 51 Cp, con l’obiettivo di assicurare la legalità delle azioni conseguenti agli ordini impartiti. Si tratta, in sostanza – non me ne voglia il mio amico internazionalista – di un bilanciamento fra interessi costituzionali.

Dal quadro descritto, riferito alle azioni quotidiane del militare, emergono diverse ragioni per cui quest’ultimo sarà tendenzialmente incline all’esecuzione dell’ordine. Questo approccio condiziona inevitabilmente anche le decisioni in situazioni in cui l’ordine assume una portata ben più rilevante rispetto alla firma di un documento valutativo, e in cui la scelta – eseguire o non eseguire l’ordine – ha conseguenze ben più gravi. Si pensi a contesti quali operazioni reali in territorio estero, valutazioni di targeting, operazioni SAR, scorta convogli, situazioni nelle quali dall’ordine impartito e dalla sua esecuzione (o mancata esecuzione) possono dipendere vite umane.

A tale proposito, mi è capitato in passato di ricoprire il ruolo di *legal advisor* per il *Force Commander* dell’“Operazione Sophia”. Questa operazione, con *tasks* modificatisi nel tempo, includeva il contrasto al *business model* dei trafficanti di esseri umani, l’implementazione

<sup>5</sup> *Ex multis*, Cass. 2.12.2014 n. 52957, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

<sup>6</sup> Cass. 9.11.2017 n. 1522, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

<sup>7</sup> Cass. 13.9.2016 n. 51398, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

dell'embargo sulle armi imposto dalle Nazioni Unite nei confronti della Libia, e, da ultimo, l'addestramento della c.d. Guardia Costiera libica.

Il soccorso dei migranti in mare non era quindi un *task* esplicito dell'operazione (a differenza di quanto fosse avvenuto in precedenza con "Mare Nostrum") e non erano presenti delle specifiche R.O.E. (*Rules of Engagement*) per tali attività. Tuttavia, nella seconda metà del 2017, le unità militari dell'operazione erano ancora costantemente coinvolte nei salvataggi in mare.

Le regole applicabili a tali interventi erano dettate dalla normativa nazionale e internazionale, in materia di SAR (*Search and Rescue*) – e dunque dalla Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio marittimo, SAR, e dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, UNCLOS –, nonché dai principi sulla tutela dei rifugiati e dai limiti imposti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU). In quel contesto, un ordine che, ad esempio, avesse richiesto il trasbordo di naufraghi o migranti su unità della Guardia Costiera libica, o ne avesse imposto il ritorno verso la Libia, avrebbe presentato evidenti caratteri di illiceità. A conferma di ciò, significativa è la pronuncia della Corte EDU sul caso Hirsi<sup>8</sup>.

Dirò di più: oltre all'illiceità della condotta in sé, l'esecuzione dell'ordine potrebbe comportare in capo anche all'esecutore, oltre che per l'ordinante, la responsabilità degli eventuali reati commessi in Libia ai danni dei naufraghi (tortura, lesioni, omicidio), a titolo di concorso.

Sarebbe forse interessante capire se, in un caso simile, colui che eseguisse l'ordine potrebbe appellarsi ai commi 3 e 4 dell'art. 51 Cp. Tuttavia, pur trattandosi di un'ipotesi che richiederebbe di esaminare gli elementi di fatto concreti, personalmente tenderei a escludere l'applicabilità del comma 4. Quanto al comma 3, considerando che la norma fa riferimento a errori di fatto e non di diritto, anche questa eventualità appare difficilmente configurabile. A riprova di ciò, è significativo il dato che, durante tutto lo svolgimento dell'"Operazione Sophia", non si è mai verificato un episodio in cui i naufraghi soccorsi da unità militari europee siano stati successivamente trasbordati su unità libiche.

Peraltro, sempre in ambito di soccorsi in mare, un esempio di applicazione dell'art. 51 Cp, pur non riferito a un comandante militare, è rinvenibile nel caso della *Sea Watch 3*. Rifuggendo qualsiasi considerazione politica, che sarebbe qui del tutto inopportuna, il precedente lasciato dal caso consiste nella decisione del GIP di non convalidare il fermo nei confronti del comandante Carola Rackete, proprio sulla base dell'art. 51 Cp: si è riconosciuto in tale condotta l'adempimento di un dovere derivante da norma giuridica a cui, semmai, si era contrapposto un ordine dell'autorità pubblica da considerarsi illegittimo perché contrario alla legge. Nella pronuncia della Cassazione, a conferma della decisione del GIP, si afferma che «l'obbligo di prestare soccorso [...] non si esaurisce nell'atto di sottrarre i naufraghi al pericolo di perdersi in mare, ma comporta l'obbligo accessorio e conseguente di sbarcarli in un luogo sicuro (c.d. *place of safety*)»<sup>9</sup>. Affermazione, per la verità, abbastanza scontata per chi abbia coscienza di come un soccorso in mare abbia luogo ma che, evidentemente, ha avuto bisogno di un pronunciamento dalla Suprema Corte.

Se dal punto di vista prettamente giuridico il fatto che il comandante Rackete non fosse un militare ha poca rilevanza, poiché l'art. 51 Cp si sarebbe applicato in maniera speculare anche nel caso lo fosse stata, la questione potrebbe rivestire invece un certo interesse dal punto di vista degli aspetti psicologici. Ci si potrebbe infatti chiedere se l'estraneità al contesto militare abbia "moralmente" agevolato la sua decisione di disobbedire o, al contrario, se un comandante di unità militare, per via delle specifiche dinamiche e influenze ambientali, avrebbe incontrato maggiori remore nel compiere un atto di disobbedienza.

<sup>8</sup> C. eur. 23.2.2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>9</sup> Cass. 16.1.2020, n. 6626, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).



Si tratta, evidentemente, di un'ipotesi impossibile da verificare con certezza in assenza di riscontri concreti. Tuttavia, si può osservare come uno scontro tanto diretto sarebbe probabilmente meno immediato nel caso di un'unità militare, a causa delle necessarie mediazioni che interverrebbero a livello istituzionale.

Un'indicazione si può trarre da quello che è stato forse il momento di maggiore tensione in quel periodo, ovvero gli eventi legati al salvataggio effettuato dalla nave *Diciotti* nell'agosto del 2018. Infatti, anche in quel caso, la nave è stata condotta nel c.d. *place of safety* in tempistiche ragionevolmente brevi e la crisi istituzionale – mi si passi il termine – iniziò solamente al momento del previsto sbarco, momento nel quale il comandante dell'unità non aveva più, di fatto, alcun ruolo attivo.

Va peraltro aggiunto che, in una valutazione *ex post* dei comportamenti eventualmente tenuti in situazioni simili, dovrebbero assumere rilievo anche le condizioni in cui il militare si trova a dover prendere le proprie decisioni. Dovrebbe considerarsi, per esempio, se tale decisione sia stata presa dal singolo comandante di motovedetta o se nel processo siano intervenuti elementi di staff con particolari competenze, anche in ambito legale: è evidente che l'eventuale responsabilità del militare che decide senza l'ausilio di soggetti qualificati dovrebbe essere valutata in maniera più lieve.

In conclusione, sia la normativa – che talvolta pone il militare di fronte alla necessità di scegliere tra obbedienza e disobbedienza senza una piena chiarezza sulle conseguenze legali di tale scelta – sia la formazione e l'addestramento ricevuti, possono contribuire ad alimentare nel militare una naturale inclinazione verso maggiori remore alla disobbedienza.

Alla luce delle nuove situazioni geopolitiche, tra cui l'emergere di conflitti aperti in teatri come quelli ucraino e mediorientale, che si aggiungono ai tradizionali ambiti di intervento militare senza sostituirli, la questione del sindacato sulla legittimità degli ordini ricevuti si rivela sempre più attuale.

Attività come le operazioni di SAR, la protezione dei convogli e, in particolare, il *targeting* – delicatissima operazione che richiede di valutare la legittimità di un bersaglio e prevedere i danni collaterali – richiedono al militare una coscienza approfondita nell'acquisizione e nella valutazione degli ordini ricevuti. Questo è ancor più cruciale alla luce di recenti innovazioni, come l'introduzione in alcuni teatri operativi e da parte di Stati esteri di algoritmi di intelligenza artificiale che sostituiscono, più che supportare, la decisione umana.

Tali contesti implicano dunque un temperamento tra due esigenze fondamentali: da un lato, garantire l'efficienza e il funzionamento dello strumento militare; dall'altro, l'aderenza delle proprie condotte ai requisiti di legalità. Si torna così, in una dinamica circolare, al già richiamato bilanciamento tra principi fondamentali, che tanto affascina i costituzionalisti.

## L'ADEMPIMENTO ALL'ORDINE, TRA RESPONSABILITÀ E OBEDIENZA \*

di Claudio Gabellini (*Generale di squadra aerea, Aeronautica Militare Italiana*)

L'articolo di Claudio Gabellini, generale dell'Aeronautica Militare in pensione, affronta il tema della responsabilità e dell'obbedienza nell'esecuzione di ordini militari, in particolare quelli che implicano l'uso della forza letale. Basandosi su un'esperienza diretta, l'autore esamina le complessità operative e strategiche che caratterizzano il rapporto tra chi formula gli ordini e chi è chiamato ad attuarli. Attraverso un'analisi approfondita, vengono messi in evidenza due scenari principali: il primo riguarda le operazioni militari in contesti di crisi o conflitto, dove l'uso della forza letale è regolato da precise direttive politiche e militari; il secondo si concentra sul tempo di pace, in situazioni di emergenza come la gestione delle minacce "renegade", dove si può essere costretti ad abbattere un velivolo civile per proteggere la popolazione. Gabellini sottolinea l'importanza di un quadro politico chiaro e trasparente, che dia pieno supporto agli esecutori materiali degli ordini, evitando ambiguità che potrebbero aggravare dilemmi etici e operativi. L'articolo esplora i processi decisionali alla base della formulazione degli ordini, evidenziando come, nonostante la complessità delle procedure e le verifiche preventive, gli imprevisti sul campo possano modificare radicalmente le condizioni operative. L'autore pone l'accento sulle difficoltà etiche e umane che sorgono quando il contesto reale mette a dura prova l'aderenza a regole e protocolli. In un mondo caratterizzato da nuove minacce, come i droni e le operazioni asimmetriche, l'autore invita a rivedere profondamente i processi che guidano l'uso della forza letale. Propone soluzioni che includono una maggiore coerenza tra direttive politiche e operative, la tutela degli operatori da conseguenze imprevedibili, e la necessità di un sostegno istituzionale chiaro e inequivocabile. L'articolo, pur senza pretese accademiche, rappresenta un contributo rilevante alla riflessione sulle sfide contemporanee delle Forze Armate e sulla necessità di un approccio integrato tra politica, etica e operatività.

The article by Claudio Gabellini, Italian Air Force retired General, addresses the delicate balance between responsibility and obedience in the execution of military orders, particularly those involving the use of lethal force. Drawing from personal experience, the author examines the operational and strategic complexities that characterize the relationship between those who issue orders and those tasked with executing them. Through an in-depth analysis, the article highlights two main scenarios: the first concerns military operations in crisis or conflict contexts, where the use of lethal force is regulated by specific political and military directives; the second focuses on peacetime emergencies, such as managing "renegade" threats, where a civilian aircraft may need to be intercepted to safeguard the population. Gabellini emphasizes the importance of a clear and transparent political framework that provides unequivocal support to those executing orders, thereby avoiding ambiguities that could exacerbate ethical and operational dilemmas. The article explores the decision-making processes underlying the formulation of orders, highlighting how, despite the complexity of procedures and preventive checks, unforeseen circumstances in the field can dramatically alter operational conditions. The author sheds light on the ethical and human challenges that arise when real-world conditions

---

\* Il testo ulteriormente elabora i contenuti di una relazione tenuta nel Seminario *L'adempimento dell'ordine, tra responsabilità e obbedienza. Profili di diritto penale militare e internazionale* (Pisa, 23 settembre 2024), iniziativa del **progetto finanziato dall'Unione Europea - NextGenerationEU a valere sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Missione 4 Istruzione e ricerca – Componente 2 Dalla ricerca all'impresa - Investimento 1.1, Avviso Prin 2022 indetto con DD N. 1409 del 14/9/2022, dal titolo “The Problem of Responsible Obedience (ABIDE)”**, codice proposta P20229FK2F – CUP I53D23007270001.

severely test adherence to established rules and protocols. In a world increasingly characterized by emerging threats such as drones and asymmetric warfare, the author calls for a thorough review of the processes guiding the use of lethal force. Proposed solutions include ensuring greater consistency between political directives and operational decisions, protecting operators from unpredictable consequences, and fostering clear and unequivocal institutional support. While not claiming to be an academic contribution, the article offers significant insights into contemporary challenges faced by the Armed Forces and highlights the need for an integrated approach encompassing politics, ethics, and operations.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Analisi del problema. – 3. Conclusioni.

1. Le riflessioni che seguono non hanno alcuna pretesa accademica né, tantomeno, mirano a offrire un'analisi giuridica sistematica<sup>1</sup>. Esse si propongono, piuttosto, di rappresentare una sintesi di esperienze dirette, maturate tanto nella posizione di esecutore di un ordine che comporti l'uso della forza letale, quanto in quella di colui che potrebbe essere chiamato a impartire tale ordine. Avendo ricoperto entrambi i ruoli, lo scrivente ha avuto modo di rendersi conto di quanto il mondo della teoria (inclusa quella giuridica) possa apparire distante dalla realtà operativa di chi è chiamato a eseguire ordini, talvolta con conseguenze gravissime per la vita umana, per il proprio governo e, non ultimo, per la propria coscienza.

Da queste esperienze, inevitabilmente sintetizzate e suscettibili di più ampi approfondimenti, emerge un apparente distacco tra chi autorizza l'uso della forza – con specifico riferimento alla forza letale – e coloro che devono eseguire tali ordini. Questo divario si manifesta con particolare evidenza in contesti operativi caratterizzati da complessità e ambiguità, anche dal punto di vista legale (ad es. l'operazione *Unified Protector* in Libia nel 2011), ovvero in scenari propri del tempo di pace in presenza di minacce di tipo “asimmetrico” potenzialmente letali. La trattazione è riferita principalmente al dominio aereo e al potere aerospaziale, entrambi caratterizzati da peculiarità operative e strategiche che, a parere di chi scrive, non sono adeguatamente comprese da chi è chiamato stabilirne le modalità di impiego.

2. Il concetto di ordine, fulcro essenziale per garantire l'efficacia dell'attività militare, necessita di una profonda rivisitazione alla luce dei nuovi contesti geopolitici e strategici nei quali le Forze Armate sono sempre più frequentemente chiamate a operare.

In particolare, con specifico riferimento al dominio aereo e al potere aerospaziale, ambiti caratterizzati da peculiarità uniche, si rivela forse necessario spostare l'attenzione dal momento dell'esecuzione dell'ordine al processo che ne guida la formazione, soprattutto nei casi in cui sia previsto l'impiego della forza letale. Tale impiego, oggi, risulta estremamente complesso e articolato, richiedendo un'approfondita analisi delle potenziali criticità e l'identificazione delle relative soluzioni e misure correttive.

In tale contesto, appare imprescindibile collocare l'ordine all'interno di un corretto quadro interpretativo, riconducendolo innanzitutto alla sua dimensione politica. Una prospettiva già delineata dal barone Karl von Clausewitz che, nel 1832, nel suo trattato *Vom Kriege*, affermava «Il fine [politico](#), in quanto [motivo](#) determinante della guerra, sarà la [misura](#), tanto per la [meta](#) da [raggiungere](#) mediante l'attività bellica, quanto per gli sforzi necessari». Questa riflessione, ancora straordinariamente attuale, fugge qualsiasi dubbio sulle logiche e sulle dinamiche che sottendono l'impiego della forza letale in un moderno conflitto, riportando chiaramente l'attenzione sugli aspetti essenziali e strategici celati dietro la formulazione di un ordine.

Per semplificare l'approccio al problema e per esigenze di sintesi, ci si soffermerà su due differenti scenari: il primo, tipico di un'operazione in un contesto di crisi/confitto che richiede l'utilizzo della forza letale; il secondo, forse meno conosciuto, relativo al tempo di pace, in cui si potrebbe essere comunque chiamati a eseguire un ordine che comporti l'utilizzo della forza letale per ragioni potenzialmente connesse alla sicurezza nazionale.

Il nesso logico che, come vedremo, lega queste due fattispecie, apparentemente molto distanti, è rappresentato dall'elevato margine di incertezza che le caratterizza. Tale incertezza non può essere completamente eliminata neanche da processi e procedure analitici e scientifiche, per quanto rigorose e trasparenti, ponendo così l'esecutore dell'ordine di fronte a situazioni di estrema complessità.

*Impiego della forza letale in situazione di crisi/confitto.* Data la già richiamata valenza politica dell'ordine, soprattutto in relazione all'utilizzo della forza letale, risulta quindi essenziale definire con precisione il contesto in cui le nostre Forze Armate potrebbero essere chiamate a operare. In taluni casi, infatti, l'uso di espressioni ambigue o formule lessicali artificiose – come parlare, spesso in modo superficiale, di “operazioni di pace” (impropriamente assimilate alle “operazioni in pace”) o di *peacekeeping*, *peace-enforcing* e *peacebuilding* – sembra mirare a condizionare la percezione di chi legge attraverso l'abuso del termine “pace”. Questo approccio genera una visione distorta della realtà operativa, fornendo una rappresentazione errata di quanto accade realmente e di ciò che viene effettivamente richiesto ai nostri militari “sul campo”.

Ad esempio, l'aver etichettato le operazioni della nostra Aeronautica Militare in Kosovo nel 1999 come attività di “difesa integrata” risulta decisamente fuorviante per il cittadino comune e rappresenta altresì un evidente tentativo di scarico di responsabilità da parte dell'autorità politica che, vale la pena ricordarlo, è sempre dietro all'impiego effettivo delle nostre Forze Armate.

Entrando più nel dettaglio, va sottolineato che il procedimento che porta i nostri militari a essere impiegati in ambito operazioni NATO o di coalizione prende sempre avvio da una decisione politica, che si conclude con il cosiddetto *Trasfer of Authority* (ToA). Si tratta di un documento formale attraverso il quale l'Italia presenta il proprio *force offering* per le operazioni imminenti e ufficializza il passaggio di competenza alla linea di Comando e Controllo predisposta per tali attività. È peraltro assolutamente pacifico che, a monte dall'offerta, vi sia stato un dibattito parlamentare e che siano stati definiti anche i c.d. “caveat”, ossia le limitazioni all'impiego degli assetti nazionali imposte al comandante dell'operazione.

Una volta “consegnati” gli assetti nazionali a un'entità terza per il loro impiego, si entra nel merito del processo della formulazione dell'ordine, inteso come declinazione militare di una precisa volontà politica. L'analisi di tale processo, lungo, articolato e molto complesso, richiederebbe una trattazione dedicata; in questa sede, ci si limiterà a delinearne i tratti essenziali. La decisione su quali categorie di obiettivi (c.d. *target set*) possano essere legalmente ingaggiati, compete al NAC (*North Atlantic Council*), massimo organo decisionale della NATO. I *target set* vengono approvati in funzione degli obiettivi operativi da raggiungere, attraverso un processo strutturato di riunioni collegiali che valuta tutte le implicazioni di natura legale, politica, culturale, di opportunità ecc., insieme alla stima dei danni collaterali accettabili e delle eventuali vittime civili. Verrà poi stabilito, con chiarezza, quale sarà l'effetto da conseguire attraverso l'uso della forza: quindi, la scelta dell'armamento da impiegare da parte dei velivoli sarà funzionale all'effetto da conseguire, e non viceversa. Tale effetto, a valle del processo sopra tratteggiato, caratterizzato da ufficialità, trasparenza e tracciabilità assolute, si concretizzerà, per ogni assetto coinvolto, in un *Air Tasking Order* (ATO). Si tratta di un vero e proprio ordine di missione attraverso il quale il comandante in capo dell'operazione specifica l'effetto da conseguire, in funzione di un *campaign design* ideato per il raggiungimento del c.d.

*end state* dell'operazione. In ogni fase del lungo processo d'individuazione, analisi degli obiettivi, assegnazione ai vari assetti e formalizzazione dell'ATO, la Nazione conserva il diritto di negare l'utilizzo dei propri assetti, avvalendosi della figura del *Red Card Holder* (RCH), qualora le richieste non dovessero risultare in linea con il mandato parlamentare.

Quindi, almeno in apparenza, sembrerebbe che ci si trovi di fronte a un ordine la cui esecuzione non presenti alcun problema. Tuttavia, nel mondo reale, la teoria non si traduce (quasi) mai come immaginato. Così, malgrado l'ordine soddisfi una lunga serie di requisiti, è sempre possibile che i sensori di bordo non restituiscano un'immagine nitida e inequivocabile dell'obiettivo cercato; che l'identificazione visiva del predetto obiettivo (un requisito tanto richiesto quanto problematico da soddisfare) non sia possibile; che si notino, nella zona *target*, movimenti di persone non identificate, senza uniformi riconoscibili e marchi identificativi. Questi elementi, spesso impreveduti e repentini, possono alterare in modo drammatico la stima dei danni collaterali precedentemente effettuata e quella delle potenziali vittime civili. Tali situazioni rappresentano solo alcune delle difficoltà più comuni che gli equipaggi di volo, impegnati nella delicatissima fase di un attacco aria-suolo, devono affrontare.

Tutti questi fattori, uniti a quelli ambientali – spesso difficili da “misurare”, ma mai da sottovalutare – come la tensione, la stanchezza, la pressione emotiva derivante dalla consapevolezza delle potenziali conseguenze disastrose di un errore o la semplice incertezza, contribuiscono a rendere la problematica particolarmente complessa. Ciò è particolarmente vero in un contesto ad alto rischio, dove i margini temporali per prendere la decisione corretta sono estremamente ridotti. Da un lato, infatti, vi è la volontà e la determinazione a portare a termine nel migliore dei modi la missione assegnata; dall'altro, ci si trova dinanzi una serie di informazioni incomplete o parziali e incertezze che, sebbene non sempre rilevanti dal punto di vista strettamente legale, assumono un peso significativo sul piano etico e umano, generando dilemmi profondamente gravosi per l'esecutore dell'ordine.

Quali soluzioni quindi? Sicuramente quello che può fare la differenza, in situazioni critiche, è che chi è chiamato a eseguire ordini complessi e rischiosi percepisca la piena legittimazione e approvazione del proprio Governo. Un sostegno che, a parere dello scrivente, dovrebbe essere convinto e privo di qualsiasi ambiguità. Qualora venisse a mancare, gli equipaggi si verrebbero a trovare nella poco invidiabile situazione di dover eseguire degli ordini “pesanti”, rischiando la propria pelle, quasi più a titolo personale che non come espressione della volontà sovrana della Nazione: fatto, questo, semplicemente inaccettabile. Come già accennato, affrontare un grave pericolo per la propria incolumità, effettuando delicate e complesse missioni di attacco al suolo, per poi vederle “etichettate” come missioni “di difesa integrata”, non rende – sempre a opinione di chi scrive – il giusto rispetto alla professionalità degli equipaggi di volo coinvolti né, tantomeno, all'immagine della Nazione nel contesto internazionale.

*Impiego della forza letale in tempo di pace.* Passiamo ora a un contesto ancora più difficile da gestire, anche perché caratterizzato da un'alta probabilità che si verifichi unita alla sua totale imprevedibilità. Il caso di riferimento è l'eventualità di dover eseguire un ordine che riguardi l'utilizzo della forza letale in tempo di pace, al di fuori da operazioni dichiarate, e contro un obiettivo non militare, quale ad esempio un velivolo civile potenzialmente utilizzabile come arma terroristica. Stiamo parlando del caso c.d. *renegade*, portato tragicamente alla ribalta e all'attenzione mondiale dagli eventi dell'11 settembre 2001.

Anche tale scenario, forse ancor più del precedente, è grandemente influenzato da un margine di incertezza tale da mettere sia chi impartisce gli ordini, sia chi è chiamato ad eseguirli, in situazioni decisamente complesse e intricate.

Innanzitutto, va precisato che la definizione stessa di *renegade* è intrinsecamente ambigua, identificando il «velivolo che, per comportamento anomalo e/o altre informazioni, lasci supporre l'ipotesi di poter essere utilizzato come arma terroristica».

La definizione in questione, quindi, proprio per la sua indeterminatezza, ha portato alcuni Paesi europei (ad es. la Germania) ad adottare linee di comportamento completamente diverse dalle nostre, astenendosi completamente da qualsiasi tipo di intervento – anche contro un eventuale velivolo civile dirottato – e rinunciando quindi a qualsiasi azione di difesa della popolazione civile al suolo.

All'indomani dell'attentato alle Torri Gemelle tutto il mondo occidentale – Italia compresa – si è interrogato su come poter contrastare questo nuovo tipo di minaccia, tanto subdolo quanto letale. Ne è derivata la predisposizione di misure di contrasto, concretizzatesi nella creazione di una catena di comando e controllo (C2) dedicata e completamente nazionale, oltre che nell'elaborazione delle regole di ingaggio (*Rules of Engagement* – RoE) specifiche, quale chiara espressione della volontà politica in tema di *renegade*.

Tuttavia, la problematica in questione è caratterizzata da un altissimo grado di complessità. L'elevato volume di traffico aereo nei nostri cieli (si parla di circa 28.000 movimenti al giorno su scala europea) si combina con un quadro normativo di riferimento che, come in altri casi, sembra ispirarsi più a un'astratta e irrealizzabile applicazione teorica, piuttosto che a una concreta efficacia operativa. Tale quadro è infatti basato su regole di ingaggio "incrementali", ossia da seguire secondo una gradazione crescente, difficilmente compatibile con le tempistiche in gioco.

In primo luogo, va doverosamente rilevato che il quadro normativo di riferimento non consente alcun intervento contro eventuali velivoli dal "comportamento anomalo" prima del limite delle 12 NM (convenzionalmente stabilito come il margine delle acque territoriali e, quindi, dello spazio aereo sovrano). Ciò significa che i velivoli intercettori, fatti decollare in una manciata di minuti per fronteggiare la potenziale minaccia, possono solo avvicinarsi alla stessa, senza neanche farsi vedere, fino alla soglia delle 12NM. Se a ciò si aggiunge la velocità tipica di un "liner" commerciale (circa 800km/h – che significa percorrere lo spazio di 12NM in circa 2 minuti), è facile capire come lo "*spatium deliberandi*" sia ridotto a solo pochissimi minuti, nei quali la catena di C2 deve rendersi conto della situazione, capire e valutare quanto sta accadendo (si tratta di un errore? Una leggerezza? Un problema alla radio? Un'avaria che impedisce di comunicare con gli enti di controllo? Oppure siamo davvero in presenza di un pericolo reale?), prendere le giuste decisioni e impartire gli ordini necessari per la loro esecuzione. Esperienze dirette "di routine", come l'interruzione delle comunicazioni radio, o scenari ben più allarmanti come l'assunzione da parte del velivolo sospetto di un vettore verso un'area sensibile (ad esempio l'area sovrastante Borgo Egnazia, in occasione dell'ultimo vertice G7), possono essere considerate *ab initio*, in mancanza di tempo, giusta causa per l'impiego della forza letale contro un velivolo civile e i suoi occupanti nell'assunto, privo però di certezze, che si stia fronteggiando una minaccia alla sicurezza nazionale?

Si tratta di un dilemma assoluto, che grava quotidianamente e completamente sul personale dell'aeronautica militare, per legge deputato alla protezione del nostro spazio aereo e che, a parere dello scrivente, proprio per la complessità del problema, dovrebbe essere riconsiderato profondamente, con particolare attenzione agli aspetti politici e normativi.

La posizione geografica dell'Italia rende infatti particolarmente difficile intervenire con tempestività rispettando il limite delle 12NM. Inoltre, le nuove minacce, come i droni, richiedono regole di ingaggio specifiche e dedicate, essendo le regole pensate per i velivoli con equipaggio a bordo, inapplicabili a questi nuovi strumenti.

Non meno rilevante è l'obbligo di applicare le RoE in modo graduale e crescente, una procedura che, come già evidenziato, si scontra con tempistiche spesso incompatibili con le dinamiche del mondo reale. Tale situazione espone l'intera catena di C2 a dilemmi operativi estremamente complessi e a decisioni che, in sede di analisi a posteriori, condotta da soggetti

non familiari con le realtà operative, rischiano di essere facilmente confutate, messe in discussione o addirittura condannate.

3. Concludendo, la complessità nell'esecuzione di un ordine, pur legittimo, nelle moderne operazioni – soprattutto quelle aeree che comportino l'uso della forza letale – risiede in una molteplicità di fattori che trascendono la mera capacità di valutare, discriminare o sindacare l'ordine ricevuto da parte dell'esecutore. Nella maggior parte dei casi, infatti, l'esecutore potrà solo verificare la correttezza della procedura e della catena di C2 che ha portato all'emissione dell'ordine.

Considerate però le potenziali conseguenze catastrofiche legate all'esecuzione di certi ordini, è imperativo procedere con la massima sollecitudine alla rivisitazione dell'intero processo che porta alla formalizzazione dell'ordine, con particolare attenzione all'assunzione di responsabilità, alla chiarezza di intenti – specialmente da parte dell'autorità politica, vera anima nell'applicazione della forza letale – alla logicità e applicabilità delle eventuali limitazioni poste all'uso della forza, garantendo al contempo l'effettiva fattibilità di quanto ordinato.

Infine, è necessaria una chiara presa di posizione preventiva, sempre da parte dell'autorità politica, tesa a tutelare gli esecutori materiali da eventuali tragiche conseguenze derivanti dall'esecuzione di un ordine. Conseguenze indipendenti dalla volontà dei singoli, ma legate a quella che il segretario McNamara chiamò “the fog of war”, ossia l'imprevedibilità che scaturisce dalla concatenazione degli eventi, tipica di un'operazione reale moderna.

## LA RISOLUZIONE DELLE ANTINOMIE GIURIDICHE, TRA INGERENZA GIUDIZIALE E SOLIDITÀ ARGOMENTATIVA DELLA DECISIONE, NELL'ORIENTAMENTO DEI COMPORTAMENTI SOCIALI\*

di Roberto Galasso (*Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale Militare di Napoli*)

Nella cornice di rapidi cambiamenti geo-politici e socio-economici, si assiste ad una peculiare caratterizzazione del controllo giurisdizionale che assume una logica bifronte: più penetrante nella regolamentazione dei rapporti economici (laddove il principio sarebbe, invece, quello della più ampia valorizzazione dell'autonomia privata, ai sensi dell'art. 41 Cost.) e maggiormente recessivo rispetto all'esercizio del pubblico potere, secondo una logica di semplificazione ed efficientamento dell'azione amministrativa. In un simile scenario, deve affrontarsi la questione relativa ai rapporti tra illegittimità dell'ordine militare e reato di disobbedienza, laddove – anche alla luce dei principi del diritto amministrativo – occorre assicurare la continuità dell'azione amministrativa, discutendosi, pertanto, della sanzionabilità o meno delle condotte di inottemperanza al comando ricevuto, anche qualora quest'ultimo risulti affetto dai vizi tipici dell'atto amministrativo. Nella cornice del tratteggiato quadro di insieme pare, dunque, suggeribile risolvere il dubbio in ordine alla portata vincolante dell'ordine illegittimo (salva la sua manifesta criminalità) e della connessa rilevanza penale (art. 173 c.p.m.p.) del comportamento disobbediente del militare cui sia impartito, senza trascurare la disciplina di cui alle “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi” (l. 7 agosto 1990, n. 241) applicabile (sia pur con le dovute eccezioni) alla disposizione di comando, non discutendosi della sua natura attizia. In the context of rapid geo-political and socio-economic changes, a peculiar characterization of judicial control takes on a two-faced logic: more penetrating in the regulation of economic relations (whereas the principle would instead be that of the broadest valorisation of private autonomy, pursuant to art. 41 of the Constitution) and more recessive compared to the exercise of public power, according to a logic of simplification and efficiency of administrative action. In such a scenario, the question relating to the relationship between the illegitimacy of the military order and the crime of disobedience must be addressed, where - also in light of the principles of administrative law - it is necessary to ensure the continuity of the administrative action, therefore discussing the sanctionability or less than the conduct of non-compliance with the command received, even if the latter is affected by the typical defects of the administrative act. In the framework of the outlined overall picture, it therefore seems advisable to resolve the doubt regarding the binding scope of the illegitimate order (except for its manifest criminality) and the related criminal relevance (art. 173 c.p.m.p.) of the disobedient behavior of the soldier to whom it is imparted, without neglecting the regulations referred to in the "New rules regarding administrative proceedings and the right of access to administrative documents" (Law 7 August 1990, n. 241) applicable (albeit with the necessary exceptions) to the command provision, its active nature not being discussed.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il reato di disobbedienza tra tutela della disciplina e garanzia di efficienza del servizio. – 3. I rapporti tra l'accertamento incidentale relativo alla legittimità dell'ordine militare e l'esercizio del potere disapplicativo da parte del giudice penale. – 4. Le controindicazioni all'ingerenza giudiziale nel merito amministrativo: *decisum* e orientamento dei comportamenti sociali.



1. In uno scenario dominato dal magmatico scivolamento delle regole di diritto interno e transnazionale, lungo la faglia di neocostituiti equilibri geo-politici, si assiste ad una brusca virata dei consolidati principi di organizzazione dello Stato democratico e della Comunità internazionale, nella direzione di un'irreggimentazione del controllo giurisdizionale sull'attività della Pubblica Amministrazione.

Se, come già è stato osservato, nel «delicato equilibrio strutturale, quali fibre complementari dello stesso tessuto organico, autorità e libertà si intersecano, scivolando l'una lungo le striature dell'altra, ed assicurando, attraverso una contrazione bilanciata, quel costante moto muscolare che consente al diritto di inseguire l'evoluzione sociale»<sup>1</sup>, è pur vero che i muscoli poderosi delle Istituzioni democratiche arrancano dietro al rapido ribaltamento degli assetti socio-economici, dell'organizzazione del lavoro e della produzione – anche alla luce del progresso tecnologico, dell'informatizzazione dei contatti commerciali, del trionfo della robotica e della connessa crisi dei tradizionali modelli imprenditoriali – sino a rischiare uno strappo dentro al quale può pericolosamente cicatrizzare una deriva autoritaria.

Il crescente sviluppo delle economie asiatiche e sudamericane e la diffusione di un mercato virtuale e globale, caratterizzato dalla dematerializzazione delle strutture imprenditoriali e dalla riduzione della filiera distributiva, unitamente alla delocalizzazione dei centri di produzione nelle aree geografiche ove è possibile abbattere i costi della manodopera (anche lucrando i vantaggi di una regolamentazione meno giuridicamente sofisticata e garantista del lavoro) da un lato conducono ad una rapida saturazione della domanda occupazionale; dall'altro impongono una maggiore competitività, anche sul piano normativo, nella direzione di un progressivo snellimento delle procedure decisionali politiche, amministrative ed imprenditoriali.

L'eventualità è che, in una frenetica corsa verso l'ammodernamento e l'effettiva concorrenzialità, qualche diritto resti travolto o taluna libertà sacrificata.

Nella cornice dei rapidi cambiamenti, si assiste, così, ad una peculiare caratterizzazione del controllo giurisdizionale che assume una logica bifronte: più penetrante nella regolamentazione dei rapporti economici (laddove il principio sarebbe, invece, quello della più ampia

---

\* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al Convegno “L'adempimento all'ordine, tra responsabilità e obbedienza. Profili di diritto penale militare e internazionale” (Pisa, 23 settembre 2024), iniziativa del **progetto finanziato dall'Unione Europea - NextGenerationEU a valere sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) – Missione 4 Istruzione e ricerca – Componente 2 Dalla ricerca all'impresa - Investimento 1.1, Avviso Prin 2022 indetto con DD N. 1409 del 14/9/2022, dal titolo “The Problem of Responsible Obedience (ABIDE)”**, codice proposta P20229FK2F – CUP I53D23007270001.

<sup>1</sup> R. Galasso, *Profilassi vaccinale illegittima e limiti al sindacato sull'ordine militare relativo alla somministrazione: reato di disobbedienza e principio di continuità amministrativa*, in *IP*, 2023, 3, 48.

valorizzazione dell'autonomia privata, ai sensi dell'art. 41 Cost.)<sup>2</sup> e maggiormente recessivo rispetto all'esercizio del pubblico potere<sup>3</sup>.

In tale ultima prospettiva, ad esempio, sembrerebbero orientarsi le novità introdotte dalla l. n. 114 del 2024 (c.d. riforma "Nordio") laddove, innanzitutto, con l'abolizione del reato di abuso d'ufficio, il legislatore parrebbe aver espresso la precipua volontà di conservare, più nettamente, i confini tra la giurisdizione e l'attività politico-amministrativa, riducendo i margini di operatività del controllo del giudice rispetto alle determinazioni della Pubblica Amministrazione e l'eventualità di una sua indebita ingerenza<sup>4</sup>.

Sul versante internazionale, poi, i recenti conflitti armati e la spirale della rapida estensione geo-politica della tensione, pongono in crisi consolidati principi in tema di sovranità territoriale, rappresaglia, neutralità, regole di ingaggio, così come torna di attualità il dibattito sul riarmo, ideologicamente allontanato, come il concetto stesso di guerra che, effettivamente, per lungo tempo aveva ceduto il passo, almeno nel Vecchio Continente, alla dialettica sovranazionale, eurounitaria o comunque diplomatica.

Gli stessi principi in materia di soccorso dei naufraghi, di asilo e accoglienza, si contendono il campo con speculari allarmanti esigenze di controllo di polizia, di prevenzione del terrorismo,

<sup>2</sup> In una simile direzione sembra orientarsi la disciplina della rinegoziazione dei contratti tra imprese, nell'ambito delle procedure di composizione, regolate dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII) di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (come modificato, da ultimo, dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83) laddove risultano sanciti, in capo alle parti, specifici obblighi (presidiati dal controllo giurisdizionale) di rinegoziare le condizioni contrattuali, laddove il sinallagma sia stato alterato da specifiche congiunture economiche, apparendo evidente come «il faro della tutela sembrerebbe finire per illuminare, evidentemente, le esigenze di conservazione dell'impresa, nella prospettiva della sua continuazione, più che le ragioni del ceto creditorio, in un'ottica puramente liquidatoria» in tal senso associandosi «alla strumentale quiescenza delle regole di diritto comune (..) inevitabilmente, il prevedibile rischio di un'alterazione della concorrenza sul mercato, l'impresa continuando ad operarvi, in competizione con altri soggetti, ma col vantaggio di risultare immunizzata dall'esercizio delle prerogative di autotutela da parte del creditore fedele, dai meccanismi risolutivi e, in generale, dalle iniziative espropriative». In questo senso, R. Galasso, *La gestione della sopravvenienza nell'ambito della procedura negoziata della crisi di impresa, tra intervento del giudice e obbligo di rinegoziazione*, in *GC*, 2024, 2, 289.

<sup>3</sup> Osserva G. Vicicone, *Il controllo del giudice penale e del giudice contabile sulla discrezionalità amministrativa: la legalità dell'esperienza giuridica concreta*, in *Discrimen*, 2021, 3, come nella prospettiva di fornire strumenti di impulso al ciclo economico, si è determinata una dinamica di ridimensionamento, da parte del legislatore, delle forme di controllo giudiziale sull'operato dell'amministrazione, con la specifica finalità di arginare il progressivo affermarsi di una amministrazione c.d. difensiva, sino alla introduzione della recente disciplina normativa riservata proprio alle semplificazioni, rispetto al soddisfacimento delle cui esigenze il controllo sulla discrezionalità amministrativa risulta essere recessivo, in un delicato equilibrio tra legalità ed efficienza.

<sup>4</sup> D'altra parte, un simile approccio – sia pur con minore evidenza – pare emergere, in trasparenza, dalle modifiche al codice di rito, laddove «il legislatore sembrerebbe avere espresso l'esigenza di contenere gli effetti pregiudizievoli comunque riconducibili all'azione del pubblico ministero, introducendo presupposti maggiormente stringenti per l'iscrizione nel registro degli indagati (essendo oggi richiesti seri indizi di reità, arg. ex art. 335 c.p.p.); promuovendo l'intensificazione del controllo giudiziale sulla sua attività (ai sensi dell'art. 335-ter c.p.p., il giudice per le indagini preliminari, quando deve compiere un atto del procedimento, se ritiene che il reato per cui si procede debba essere attribuito ad una persona che non è stata ancora iscritta nel registro delle notizie di reato, sentito il pubblico ministero, gli ordina con decreto motivato di provvedere all'iscrizione)» assistendosi, così, ad una «progressiva divaricazione funzionale tra la magistratura giudicante e quella requirente, nella cornice di nuovi limiti e controlli, espressivi di un superamento della concezione del pubblico ministero quale organo di garanzia (come tratteggiata dall'art. 358 c.p.p., alla luce del quale il suo ufficio è chiamato alla ricerca della verità e al compimento, perciò, di ogni attività all'uopo necessaria, estesa agli accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini) e nel segno, forse, della connessa avvertita esigenza di prevenire gli effetti pregiudizievoli connessi ad iniziative ritenute non adeguatamente ponderate». Così, R. Galasso, *Rapporti tra procedimento penale e valutazione amministrativa per l'avanzamento in carriera del militare che vi sia sottoposto. Le modifiche all'art. 1051, co. 2, lett. a), d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare)*, in *La riforma "Nordio"*, a cura di V. Giordano, Torino 2024, 121 ss.

di contenimento del conflitto sociale, mentre, per altri versi, diventano urgenti le istanze di tutela, riconoscimento ed integrazione di quanti, di origine extracomunitaria, siano comunque nati sul territorio nazionale (c.d. *ius soli*).

Torna, così, a riproporsi la questione relativa al ruolo del giurista nella tenuta dell'assetto democratico, quale testimone dei principi e delle regole che governano le relazioni sociali, pur chiamato, d'altra parte – nella sua attività di armonizzazione tra novità e tradizione, di cui è custode - a valutare, con senso della realtà e della possibilità, il cambiamento.

E' in una simile dialettica soltanto che, invero, sembra potersi scongiurare il rischio dell'*impasse* che alimenta, altrimenti, il consenso rispetto a qualsiasi deriva autoritaria. Pare necessario, in altri termini, che il giurista, da un lato, nella salvaguardia dei valori costituzionali fondanti, interpreti le norme nella prospettiva della più ampia manipolazione, espressiva della capacità del sistema di reggere alle spinte del cambiamento socio-economico, contenendole, senza costringerle, e riassorbendole nella propria originaria posizione di inerzia (c.d. reazione elastica); dall'altro, che coltivi un atteggiamento progressista, in grado di indicare le superfici sulle quali l'innovazione possa esercitare una pressione financo deformante, sia pur entro i limiti di un irreversibile cedimento (c.d. reazione plastica).

D'altra parte, sebbene non sia propria della giurisprudenza la proiezione dinamica – trattandosi di scienza dell'osservazione e dell'armonizzazione, della riconduzione a sistema di ogni nuovo corpo generato dalla legislazione che volge, pertanto, uno sguardo più al passato che al futuro – sembra mantenersi attuale l'insegnamento dello Jemolo laddove, descrivendo il modello ideale di giurista, ammoniva che egli «deve essere persona viva, con interessamenti molteplici, in ogni ambito, con comprensioni e cognizioni in un gran numero di campi (...) più vivo dei cultori di altre professioni o di altri rami del sapere, più propensi a chiudersi in cerchie di interessamenti proprie ad un ristretto gruppo, ed a tagliare le comunicazioni con chi al gruppo non appartenga»<sup>5</sup>.

In tal senso, non sembra davvero soddisfacente un approccio orientato, ad esempio, alla chiusura dogmatica in un panorama frammentato di microsistemi giuridici tra loro non comunicanti (si pensi alla teoria panpenalistica e/o pancivilistica, in ordine ai reati, quali la truffa o la circonvenzione di incapaci, che richiamino, come elementi costitutivi, fattispecie proprie del diritto dei contratti, come l'annullabilità per dolo o la nullità per contrarietà del contratto a norme imperative).

Sembra, in proposito, inattuale prescindere da un metodo olistico nell'analisi delle norme, per ripiegare, invece, verso la creazione di monadi scollegate dal dato della realtà.

Ed è proprio in una simile prospettiva che sembra doversi affrontare la questione relativa ai rapporti tra illegittimità dell'ordine militare e reato di disobbedienza, laddove – anche alla luce dei principi del diritto amministrativo – occorre assicurare la continuità dell'azione amministrativa, discutendosi, pertanto, della sanzionabilità o meno delle condotte di inottemperanza al comando ricevuto, anche qualora quest'ultimo risulti affetto dai vizi tipici dell'atto amministrativo.

Nella cornice del tratteggiato quadro di insieme pare, dunque, suggeribile risolvere il dubbio in ordine alla portata vincolante dell'ordine illegittimo (salva la sua manifesta criminosità) e della connessa rilevanza penale (art. 173 c.p.m.p.) del comportamento disobbediente del militare cui sia impartito, senza trascurare la disciplina di cui alle “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi” (l. 7.8.1990 n. 241) applicabile (sia pur con le dovute eccezioni) alla disposizione di comando, non discutendosi della sua natura attizia.

<sup>5</sup> A.C. Jemolo, *Confessioni di un giurista*, Milano 1947, 32-33.

2. Deve osservarsi come controversa risulti la risoluzione delle antinomie giuridiche (nel rapporto tra autorità e legalità) con riferimento al fatto di disobbedienza, previsto dall'art. 173 c.p.m.p., ai sensi del quale «il militare, che rifiuta, omette o ritarda di obbedire a un ordine attinente al servizio o alla disciplina, intimatogli da un superiore, è punito con la reclusione militare fino a un anno (...)».

In via del tutto preliminare, va sottolineato come, in dottrina, si assista ad una netta contrapposizione tra gli autori che – anche alla luce della collocazione sistematica del reato di disobbedienza tra quelli contro la disciplina militare, di cui al libro secondo, titolo terzo del codice penale militare di pace – individuano il bene giuridico tutelato dalla norma nella disciplina (la quale assurgerebbe a «valore-fine dell'ordinamento militare», ritenuta anche la «valenza strumentale della subordinazione rispetto allo scopo medesimo» e, in tal senso, assumerebbe rango costituzionale, «a prescindere dalla circostanza che i fatti incidano o meno sul piano delle attività militari») e coloro i quali, invece, obiettano che «la disciplina riceve soltanto una indiretta tutela costituzionale e ciò rende doveroso selezionare i doveri attinenti alla dipendenza gerarchica e sottoporre a protezione penale soltanto quelli che abbiano uno stretto collegamento con le esigenze del servizio»<sup>6</sup>.

Orbene, laddove si ritenesse che il bene giuridico tutelato sia rappresentato dalla disciplina, la disobbedienza rilevarebbe in quanto tale ed indipendentemente dall'incidenza dell'inosservanza sull'esecuzione di un servizio (a prescindere, quindi, dal concreto pregiudizio per il servizio - e financo dalla legittimità dell'ordine - risultando sufficiente, ai fini della configurazione del reato, la mera ed astratta attinenza ad esso dell'ordine violato).

Va, per altro verso, sottolineato come, nell'alveo del principio di legalità dell'azione amministrativa, dovrebbe concludersi per la tendenziale inidoneità vincolante dell'atto amministrativo non conforme alla norma primaria.

Eppure, l'insindacabilità dell'ordine militare (sia pur distonica rispetto al richiamato principio di legalità) sembrerebbe confermata dalla disciplina di diritto positivo, laddove risulta sancita la rilevanza penale della disobbedienza (art. 173 c.p.m.p.) anche se l'ordine risulti affetto da illegittimità (sempre che essa non si risolva in un manifesto invito a delinquere).

In tal senso sembrerebbero deporre anche le disposizioni di settore. Sebbene, infatti, l'art. 1349 del d.lgs 15.3.2010 n. 66 (Codice dell'Ordinamento Militare) ribadisca che «gli ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenere alla disciplina, riguardare le modalità di svolgimento del servizio e non eccedere i compiti di istituto», l'art. 729, d.P.R. 15.3.2010 n. 90 (Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'art. 14 della L. 28.11.2005 n. 246) che lo integra - nell'adombrata prospettiva di una

<sup>6</sup> In questo senso, V. Santoro, *Della disobbedienza*, in *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2001, 371 ed *ivi* riferimenti, il quale passa in rassegna i vari orientamenti. E, così, nella prospettiva della natura assorbente della disciplina, v., in particolare, P. Nuvolone, *Valori costituzionali della disciplina militare e sua tutela nel codice penale militare e nelle nuove norme di principio*, in questa *Rass. Giust. Mil.*, 1979, 21 ss. Secondo L. Gatto, *Disobbedienza: il rifiuto, ragionevolmente motivato, di eseguire l'ordine è coerente con l'oggettività della tutela*, in *Rass. Giust. Mil.*, 1994, 248 ss., invece, la disciplina presenterebbe valenza ancillare rispetto al servizio, anche nell'ottica della rilevanza del buon andamento dell'azione amministrativa. Cfr. anche D. Brunelli – G. Mazzi, *Diritto penale militare*, Milano 1998, 437-438.

In continuità con una simile impostazione, nella direzione di una valorizzazione dell'ordine pubblico militare, quale condizione minima di esistenza di quella parte dell'ordinamento militare che coincide con l'organizzazione militare, cfr. B. Pellegrino, G. Rosin, *Brevi note in tema di riforma della legislazione penale militare e sostanziale*, in questa *RGM*, 1978, 64; R. Maggiore, *Temi di diritto e procedura penale militare*, Roma 1976, 25 ss.; B. Pellegrino, *Ordine pubblico e dovere di fedeltà nel sistema penale comune e militare con particolare riferimento ai reati di sedizione*, in questa *RGM*, 1979, 97 ss.; A. Romeo, *Considerazioni in tema di ordine pubblico militare e comune*, in questa *RGM*, 1979, 401 ss.; D. Brunelli, voce *Reati contro la disciplina militare*, in *ED*, vol. XXVIII, Milano 1987, 1224 ss.

crescente attenzione per l'efficienza dell'azione amministrativa – prevede non solo che “il militare deve eseguire gli ordini ricevuti con prontezza, senso di responsabilità ed esattezza, nei limiti stabiliti dal codice e dal regolamento” ma anche che “il militare al quale è impartito un ordine che non ritiene conforme alle norme in vigore deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto a eseguirlo se l'ordine è confermato» risultando ammissibile ed anzi doverosa la disobbedienza, soltanto qualora l'ordine risulti “manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o se la relativa esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, gravando, in tal caso, su di esso il dovere di non eseguire l'ordine e informare al più presto i superiori”<sup>7</sup>.

Anche in giurisprudenza, è stato ribadito come l'art. 173 c.p.m.p. tuteli l'esigenza di assicurare il corretto funzionamento dell'apparato militare a mezzo dell'osservanza dell'ordine impartito dal superiore gerarchico. Pertanto, il diritto-dovere del militare di non ottemperarvi è limitato al caso (esplicitamente indicato dall'art. 4, co. 4, l. 11.7.1978 n. 382) in cui tale comando “sia manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisca comunque manifestamente reato”<sup>8</sup>.

Va, in proposito, osservato come in questa direzione sembrerebbe forse condurre lo stesso art. 173 c.p.m.p., laddove, al suo secondo comma – attribuendo alla manifestazione della disobbedienza, nell'ambito di un servizio, rilevanza ai fini della previsione di un minimo edittale, non previsto per la fattispecie base di cui al primo comma (in particolare stabilendo che se il fatto è commesso in servizio la reclusione militare è da sei mesi a un anno) – parrebbe finire per valorizzare, al suo primo comma, maggiormente il vincolo della disciplina, sia pur nella prospettiva di assicurare in potenza (e non già in atto) attraverso la relativa tutela, il buon andamento dell'Amministrazione militare e la corretta predisposizioni del servizio, evidentemente esposto al rischio di una compromissione, ogniqualvolta il rapporto gerarchico venga messo in discussione (sempre che lo stesso non si risolva in un abuso di autorità, del tutto scollegato dall'esigenza di gestione del servizio stesso). In tal senso, verrebbe in rilievo, a ben vedere, un reato di pericolo presunto<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> R. Galasso, *Profilassi vaccinale illegittima e limiti al sindacato sull'ordine militare relativo alla somministrazione: reato di disobbedienza e principio di continuità amministrativa*, cit., 53.

<sup>8</sup> In tal senso, Cass. 27.1.2012, n. 3339, in *CEDCass.*, 2012, la quale si è espressa in un caso in cui il militare, più volte “comandato” (e da più superiori gerarchici) di recarsi all'Ospedale militare di Torino, per la visita di idoneità obbligatoria, rifiutava pervicacemente di sottoporsi a visite mediche. La Corte ha osservato, a fronte dell'allegazione, da parte dell'imputato, di un intento persecutorio dei superiori, come «la pretesa del subordinato di sindacare l'ordine impartito, nella specie quello di sottoporsi a visita medica in ragione di comporta menti devianti del militare onde formulare la valutazione di idoneità o inidoneità al servizio militare, che non è parificabile certo, quest'ultima, alle condizioni di salute che giustificano il trattamento sanitario obbligatorio, non è di sicuro prospettabile nel contesto particolare della disciplina militare». Ne consegue quindi che «per la realizzazione del reato in questione, è sufficiente il dolo generico – consistente nella consapevole volontà di rifiutare di obbedire ad un ordine, attinente al servizio, intimato dal superiore al di fuori dell'ipotesi, sopra indicata, in cui la legge eccezionalmente impone di disobbedire – esulando, per la giuridica esistenza dell'elemento psicologico del reato, qualsivoglia motivazione addotta dall'inferiore per giustificare tale suo comportamento; né detta situazione può ritenersi sintomatica – attesa la richiesta genericità del dolo – di mancanza del citato elemento soggettivo per l'irrelevanza, in tale ipotesi, dei motivi che hanno determinato la condotta del reo».

<sup>9</sup> Al riguardo, sia pur con specifico riferimento ai criteri di valutazione della condotta ai fini del riconoscimento della sussistenza della speciale causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p., è stato osservato come «anche aderendo all'orientamento che maggiormente valorizza il servizio quale bene giuridico tutelato dalla norma (..) il giudizio sulla tenuità del fatto di disobbedienza non può che assumere connotati di maggior rigore, considerato che, pur senza voler attribuire rilievo preminente al vincolo della disciplina in quanto tale, l'organizzazione dell'Amministrazione militare, la tempestività e l'efficienza della sua azione, risultano obiettivamente compromessi da stalli interlocutori tra ordine ed esecuzione, fondati su eventuali valutazioni, da parte del destinatario del comando, in merito all'evidenza della sua riconducibilità al servizio (*rectius* al buon servizio) sino a renderlo, di fatto (e *contra legem*) sindacabile». In questo senso, v. R. Galasso, *I criteri di valutazione della*

La rilevanza (ai fini della disobbedienza punibile) dell'ordine illegittimo, d'altra parte, parrebbe confermata anche nella diversa prospettiva della centralità del servizio – quale bene-fine tutelato dall'art. 173 c.p.m.p. - dal momento che «la necessità di un intervento duttile e sollecito, che consenta alla Pubblica Amministrazione di provvedere all'utile gestione delle sopravvenienze, a tutela di interessi di rango costituzionale (nella prospettiva, peraltro, della valorizzazione del principio di continuità dell'azione amministrativa e di stabilità dei rapporti giuridici), sembra assurgere a valore prevalente nell'organizzazione dello Stato sociale, quale criterio di risoluzione delle antinomie, normalmente determinate dal consolidamento degli effetti prodotti dall'atto amministrativo illegittimo eppure non caducabile, ove non impugnato entro lo stretto termine decadenziale di sessanta giorni, né tantomeno annullabile (se viziato) o revocabile (se inopportuno) in autotutela, se non in un tempo ragionevole, tenuto conto dell'affidamento ingenerato nei terzi e/o comunque sussistendo determinate condizioni individuate dalla legge»<sup>10</sup>.

3. Come più sopra osservato, la questione relativa alla doverosità di un controllo, da parte del giudice penale, in merito alla legittimità dell'ordine militare, ai fini della configurabilità del reato di disobbedienza, di cui all'art. 173 c.p.m.p., sembrerebbe speculare rispetto a quella dell'ammissibilità dell'esercizio del potere disapplicativo, da parte di quello stesso giudice.

La dottrina che si è diffusa, in ordine alle tecniche di sindacato esercitato dal giudice penale, sull'azione amministrativa, ha osservato come, tra le più rilevanti, vi siano quelle riferibili alla disapplicazione del provvedimento amministrativo (sebbene la legge attribuisca tale potere esclusivamente al giudice civile) e quelle riconducibili alla c.d. concezione sostanziale della tutela penale (del territorio, in particolare) che, però, finirebbe per realizzare una disapplicazione mascherata o occulta<sup>11</sup>.

Il giudice penale, in particolare, svolgerebbe un sindacato sul provvedimento amministrativo e, quindi, sull'azione amministrativa, investendo anche la valutazione discrezionale<sup>12</sup> (in materia di reati edilizi essendosi manifestate le maggiori aperture della giurisprudenza).

In via del tutto preliminare, deve osservarsi come, dopo aver abolito i tribunali speciali investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile quanto in materia penale, ed aver devoluto, con il proprio art. 1, le relative controversie alla giurisdizione ordinaria, la legge sul contenzioso amministrativo (allegato E della l. 20.3.1865 n. 2248) ha specificato, all'art. 2, che l'attribuzione ha ad oggetto «tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa».

Ogni materia non ricompresa in quelle richiamate dall'art. 2, invece, resta attribuita «alle Autorità amministrative» e alla relativa potestà provvedimentale, salvo «il ricorso in via gerarchica» (art. 3) e - dopo l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato con funzioni giurisdizionali (con la l. 31.3.1889 n. 5992) ed i successivi interventi normativi nella medesima

---

*tenuità del fatto di reato militare: disciplina, continuità dell'azione amministrativa, disobbedienza e limiti al sindacato della Corte di cassazione, in RGM, 2024, 4, 29.*

Più in generale, sull'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p., ai reati militari, cfr. F.P. Fasoli, *L'applicabilità dell'art. 131-bis c.p. e di altre norme simili (artt. 49, cpv., c.p., 27 d.p.r. n. 448/1988 e 34 del d.lgs. n. 274/2000) ai reati militari con particolare riguardo ai delitti di disobbedienza, truffa militare, abbandono di posto/violata consegna ed insubordinazione*, in CP, 2024, 10, 3243 ss.

<sup>10</sup> R. Galasso, *Profilassi vaccinale illegittima e limiti al sindacato sull'ordine militare relativo alla somministrazione: reato di disobbedienza e principio di continuità amministrativa*, cit., 49.

<sup>11</sup> Cfr. S. Perongini, *Il sindacato del giudice penale sulle valutazioni discrezionali dell'amministrazione*, in DA, 2023, 2, 229 ss.

<sup>12</sup> Laddove il provvedimento amministrativo assurgerebbe ad elemento normativo negativo del fatto di reato.

direzione (sino alla l. 6.12.1971 n. 1034, istitutiva dei tribunali amministrativi) – la devoluzione, al giudice amministrativo, delle «controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni» (art. 7 d.lgs. 2.7.2010 n. 104, c.d. Codice del processo amministrativo).

In continuità con i limiti stabiliti dall'art. 2 cit., la disposizione di cui all'art. 4 stabilisce che «quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'Autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio». Sebbene «l'atto amministrativo non potrà essere rivocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative» (che in ogni caso «si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso») è chiaro che la prerogativa “cognitiva” richiamata dalla norma, sarà esercitata, dal giudice ordinario, nei termini di un sindacato di legittimità dell'atto amministrativo, dal momento che «in questo come in ogni altro caso, le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi» (art. 5). Ed è proprio da tale ultima prescrizione relativa all'applicazione (soltanto) degli atti conformi a legge, che si deduce lo speculare dovere di disapplicare quelli illegittimi.

Nonostante il riferimento alla tutela dei diritti civili e politici, operato dall'art. 2 cit., in dottrina e giurisprudenza è stata a lungo sostenuta l'ammissibilità dell'esercizio di un potere disapplicativo (non soltanto da parte del giudice civile, a tutela dei diritti soggettivi, ma) anche da parte del giudice penale, laddove l'atto richiamato – quale elemento negativo del fatto – dalla norma incriminatrice risulti, appunto, illegittimo.

In particolare, è stato sostenuto, in dottrina<sup>13</sup>, che mentre l'art. 4 della l. n. 2248/1865, all. E) farebbe riferimento al potere del giudice di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi lesivi di un diritto soggettivo (quando, appunto, «la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa») sarebbe l'art. 5 della stessa legge a generalizzare il rimedio, laddove ne sancirebbe la possibilità di esercizio «in questo, come in ogni altro caso».

In senso contrario, è stato osservato, però, come una simile interpretazione dell'art. 5 finirebbe per negare all'art. 4, co. 1, valore normativo. In particolare, «secondo la tesi in esame, “in questo caso”, vale a dire “quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa”, e “in ogni altro caso”, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti, generali e locali, in quanto conformi alle leggi», ma «se in tutti i casi le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti, in quanto conformi alle leggi, l'art. 4, primo comma, non possiede alcun valore normativo, perché l'art. 5 già assorbe quanto previsto dall'art. 4, primo comma» e, in tal senso, «la previsione dell'art. 4, primo comma, diventa del tutto superflua»<sup>14</sup>.

Diversamente, è stato sottolineato come verrebbe in rilievo la norma di cui all'art. 4 ogniqualvolta l'oggetto del giudizio sia rappresentato dalla lesione, da parte del provvedimento

---

<sup>13</sup> S. Perongini, *ivi*.

<sup>14</sup> Osserva l'A., come piuttosto, «la locuzione “in ogni altro caso” indica l'ipotesi in cui l'oggetto del giudizio non è dato dalla lesione del diritto da parte del provvedimento amministrativo, ma possiede altra natura e l'atto amministrativo ha un ruolo diverso» come accade nel «giudizio avente ad oggetto la titolarità di un bene, nel corso del quale uno dei contendenti fonda il proprio titolo su un provvedimento amministrativo»: in tal caso, «l'eventuale illegittimità di quest'ultimo consente la sua disapplicazione», l'art. 5 conservando «una sua autonoma valenza normativa».

amministrativo, di un diritto soggettivo. In tal caso, si sarebbe «in presenza di una ipotesi di cognizione diretta», mentre verrebbe in considerazione la disposizione di cui all'art. 5 «quando il giudice per pronunciarsi sull'oggetto del giudizio deve conoscere, in via incidentale, un provvedimento amministrativo», assistendosi, in questo caso, ad «un'ipotesi di cognizione incidentale»<sup>15</sup>.

Alla luce di tali argomenti la Suprema Corte<sup>16</sup> ha stabilito che le norme di cui ai richiamati articoli non introdurrebbero un principio generalizzato di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del giudice ordinario (sia esso civile o penale) per esigenze di diritto obiettivo. Il controllo sulla legittimità dell'atto amministrativo, infatti, risulterebbe rigorosamente limitato, dal legislatore, ai soli atti incidenti negativamente sui diritti soggettivi ed alla specifica condizione che si tratti di accertamento incidentale, che lasci persistere gli effetti che l'atto medesimo è capace di produrre all'esterno del giudizio, salvo poi a tornare in argomento<sup>17</sup>, stabilendo, in particolare, che il reato previsto dall'art. 20, lett. a) della l. 28.2.1985 n. 47 (per l'inosservanza delle disposizioni previste dalla stessa legge nonché dalla l. 17.8.1942 n. 1150, dai regolamenti edilizi e dagli strumenti urbanistici, ovvero delle prescrizioni e modalità esecutive previste dalla concessione in materia di intervento edilizio non assentito) sussisterebbe anche quando l'opera sia stata eseguita sulla base di una concessione edilizia illegittima.

Al riguardo, pur sottolineando che «al giudice penale non è affidato (...) alcun c.d. sindacato sull'atto amministrativo (concessione edilizia)», la Corte non esclude comunque, nella sostanza, che lo stesso possa sovrapporre, alla valutazione della Pubblica Amministrazione, il proprio convincimento sulla conformità o meno dell'opera assentita agli strumenti urbanistici, il giudice risultando in ogni caso «tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto (opera eseguita o eseguita) e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela, nella quale gli elementi di natura extrapenale suddetti convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo».

Una simile prerogativa, non sarebbe volta «ad incidere sulla sfera dei poteri riservati alla pubblica amministrazione, e quindi ad esercitare un'indebita ingerenza, ma trova fondamento e giustificazione in una esplicita previsione normativa, la quale postula la potestà del giudice di procedere ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata»<sup>18</sup>.

Orbene, a parte ogni considerazione in ordine all'ammissibilità di poteri impliciti in capo all'autorità pubblica e, segnatamente, a quella giurisdizionale, e comunque alle connesse interferenze con i principi di tipicità e tassatività del diritto penale, il sindacato generalizzato

<sup>15</sup> D'altra parte, laddove il legislatore – al di fuori delle previsioni di cui ai richiamati articoli 4 e 5, ha inteso attribuire al giudice il potere disapplicativo, lo ha fatto espressamente, introducendo specifiche ipotesi, quali «l'art. 7, comma 5, d.lgs. n. 546/1992, che conferisce un siffatto potere al giudice tributario» e «l'art. 63, comma 1, d.lgs. n. 165/2001» che «devolve al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ad eccezione di quelle di cui all'art. 1, comma 4 (...) «ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti», stabilendo che «quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi». Se, dunque, è stata avvertita l'esigenza di intervenire per singole fattispecie, sarebbe perché gli articoli 4 e 5 non si applicherebbero a tutti i plessi giurisdizionali.

<sup>16</sup> Cass. S.U. 31.1.1987, n. 3, in *CP*, 1987, 878.

<sup>17</sup> Cass. S.U. 12.11.1993, n. 11635, in *RGE*, 1995, I, 269.

<sup>18</sup> In una simile prospettiva, «non può ritenersi che, sussistendo l'accertata aporia dell'opera edilizia rispetto agli strumenti normativi urbanistici ovvero alle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale, il giudice penale debba ugualmente concludere per la mancanza di illiceità penale solo perché sia stata rilasciata la concessione edilizia, la quale nel suo contenuto, nonché per le caratteristiche strutturali e formali dell'atto, non è idonea a definire esaurientemente lo statuto urbanistico ed edilizio dell'opera realizzanda senza rinviare al quadro delle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle stesse rappresentazioni grafiche del progetto, a seguito della cui approvazione, tale atto amministrativo viene emesso».



(diretto o occulto) del giudice, sulla legittimità dell'atto amministrativo, fuori dai casi in cui sia richiesto, alla luce della stessa norma incriminatrice, sembrerebbe doversi escludere, anche in ragione della complessità (e non replicabilità) delle valutazioni rimesse, normalmente, alla Pubblica Amministrazione.

Il riconoscimento di una prerogativa disapplicativa, in capo al giudice penale «si tradurrebbe nella violazione del principio di divisione dei poteri e determinerebbe una inammissibile ingerenza del potere giurisdizionale negli ambiti riservati alle scelte politiche e discrezionali della pubblica amministrazione», considerato, altresì, che «il giudice penale accoglie una idea generica e indefinita di discrezionalità» ben lontana dalla «sua configurazione come valutazione comparativa dei vari interessi implicati nella vicenda»<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> In questo senso, v. S. Perongini, *op. cit.* il quale sottolinea che relativamente ad «alcune figure sintomatiche di eccesso di potere, come nel caso di violazione del principio di proporzionalità (..) nel giudizio valutativo, come noto, confluiscono le opzioni culturali, politiche e giuridiche proprie dell'interprete». In argomento, osserva G. Contento, *Giudice penale e pubblica amministrazione. Il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Bari 1979, 79, come, attraverso il suo sindacato sull'azione amministrativa, il giudice penale finirebbe per dettare criteri e direttive alla Pubblica Amministrazione, per la cura dell'interesse pubblico.

Con particolare riferimento al reato di abuso d'ufficio (prima delle recenti modifiche e della successiva abolizione) è stato, invece, osservato come, ai fini della sussistenza della fattispecie non possa prescindersi dall'attributo dell'ingiustizia del danno o del vantaggio procurato (focalizzando l'attenzione, esclusivamente, sulla violazione di legge o di regolamento) sicché, laddove il risultato dell'azione amministrativa risulti riconducibile nel novero di quelli astrattamente possibili, non vi sarebbero margini per sondarne l'ingiustizia intrinseca (potendo essa discendere soltanto da un cattivo uso della discrezionalità), al di là di ogni valutazione relativa all'inosservanza delle norme che avrebbero dovuto guidare l'azione amministrativa. In tal senso, v. A. Vallini, *L'abuso d'ufficio*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da S. Moccia, vol. II, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Palazzo, Napoli 2011, 315. Sviluppando le conseguenze di una simile affermazione, è chiaro che un sindacato giudiziale sul provvedimento, a valle, alla luce della rilevata illegittimità che abbia caratterizzato una o più fasi del procedimento, a monte, finirebbe per determinare una riedizione del potere amministrativo da parte del giudice, con inammissibile sua ingerenza nel merito.

Neppure sembrerebbe mettere in discussione il richiamato principio di non ingerenza del giudice (in generale) nelle valutazioni della Pubblica Amministrazione, il disposto di cui all'art. 21 *octies* della l. 7 agosto 1990, n. 241, in materia di cc.dd. vizi non invalidanti. Non può parlarsi, infatti, di sindacato di merito del giudice (amministrativo) sull'atto, considerato che la valutazione relativa alla sua "non annullabilità" risulta consentita nei soli casi in cui «per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». Al di fuori di tali ipotesi, non sarebbe comunque il giudice, quanto piuttosto l'Amministrazione resistente - al fine di ottenere il rigetto della domanda di annullamento, nel giudizio introdotto per censurare la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento (comma 2, seconda parte) - a poter dimostrare che «il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

Più in generale, nella prospettiva di una non scontata interferenza tra vizi del provvedimento amministrativo e sussistenza della fattispecie penale e di una necessaria separazione della cognizione del giudice penale dal merito amministrativo, cfr., anche, E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Napoli 2022, 259, la quale, dopo aver rilevato che «la patologia del provvedimento ricorrerebbe sia quando è violata una disposizione sostanziale sia quando è violata una disposizione procedimentale, perché spesso gli effetti invalidanti di una violazione formale si riverberano sul profilo sostanziale» sottolinea come, chiedere al giudice penale di verificare se effettivamente la violazione della regola procedimentale si sia riverberata sull'adozione della decisione finale (per valutare, ad esempio, se in ipotesi di omessa comunicazione di avvio del procedimento, sia alterato il provvedimento a causa dell'omessa acquisizione degli interessi di cui sia titolare il soggetto pretermesso o se, in ipotesi di difetto di istruttoria, la scelta operata sia stata sbagliata) «significherebbe spesso chiedergli di sostituirsi all'amministrazione nella ponderazione degli interessi».

Maggiori aperture, nella direzione dell'ammissibilità di un sindacato giudiziale sulla determinazione amministrativa, esprime, invece - anche in ordine alla (ormai abolita) fattispecie dell'abuso d'ufficio - T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *GPweb*, 2020, 7-8, 6, 14 il quale osserva come «in linea di principio, il giudice penale non sindacava affatto un'attività amministrativa; valuta se sussista una condotta

Tanto premesso in ordine ai problemi sottesi allo sconfinamento delle prerogative del giudice penale nelle valutazioni proprie della Pubblica Amministrazione – sia alla luce dei principi di tipicità e tassatività del diritto penale che a quelli di divisione dei poteri – nel delitto di disobbedienza la questione si pone in termini esattamente speculari. Il provvedimento amministrativo, infatti, si atteggia ad elemento positivo della fattispecie. Ed invero, l'inottemperanza postula l'esistenza di un ordine, sicché non si tratta di valutare se la sua invalidità comporti l'illiceità della condotta, quanto, piuttosto, di verificare quali conseguenze discendano dalla sua illegittimità, in termini, eventualmente, di insussistenza del fatto.

Sembra, tuttavia, che la questione dei limiti al sindacato del giudice penale sulla legittimità dell'ordine militare si riproponga in termini analoghi, salvo a considerare che le richiamate tecniche opererebbero – relativamente al reato di disobbedienza – *in bonam partem*, giacché, come anticipato, dall'accertamento dell'invalidità dell'atto (ove ritenuto ammissibile) discenderebbe non già l'incriminazione della condotta, quanto, piuttosto, l'impossibilità di muovere un addebito nei confronti del militare che non abbia ottemperato al comando illegittimo.

D'altra parte, il problema della portata espansiva dell'incriminazione, attribuita alla tecnica disapplicativa (c.d. *in malam partem*) rappresenta – come sopra accennato - solo uno degli argomenti contrari all'esercizio di un simile potere da parte del giudice penale.

Inoltre, neppure sembra possibile ignorare che l'ordinamento concepisce il consolidamento degli effetti di un atto amministrativo inopportuno o illegittimo, tenuto conto della valorizzazione dell'effetto utile dell'azione amministrativa.

Va, in proposito, osservato, come ai sensi dell'art. 21 *quinquies* della l. 7.8.1990 n. 241, la revoca del provvedimento amministrativo ad efficacia durevole – normalmente ammessa (oltre che per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento, anche) nel caso di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario – non è consentita (per tale specifica motivazione) per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, proprio in ragione dell'affidamento nella conservazione del vantaggio acquisito, generato nei soggetti beneficiari.

Quanto, poi, all'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo (ai sensi dell'art. 21 *octies* della stessa legge) disposto, in autotutela, dalla stessa Amministrazione che lo abbia emanato, l'art. 21-*nonies* legge cit. lo subordina non solo alla sussistenza delle ragioni di interesse pubblico, ma anche al rispetto entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati (ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo).

---

criminosa secondo i requisiti tipici stabiliti da una norma incriminatrice; e, se essa sussiste, di “merito” amministrativo non è neppure il caso di parlare. Merito amministrativo e ‘merito’ criminoso sono presenze alternativamente incompatibili nello stesso spazio giuridico: dove c'è l'uno, non può esserci l'altro, e viceversa». L'A. sottolinea, in particolare, come «il merito amministrativo, rispetto ai delitti dei pubblici ufficiali tra la P.A., non è, e non può mai essere una zona franca sottratta al vaglio giurisdizionale», il giudice penale non potendo e non dovendo, quindi, arrestare l'indagine di fronte a nessuna barriera più o meno artificiosamente frapposta, né circoscriverla entro i limiti della mera legittimità secondo i canoni del diritto amministrativo. Il giudice «è tenuto anzi esattamente al contrario, ad investire cioè con estrema pregnanza ogni singolo aspetto, ogni momento contenutistico, ogni profilo di scelta dell'attività svolta» considerato che «quando si riscontri la strumentalizzazione del potere d'ufficio a fini di utilità personale, si finisce con l'accertare come un “merito amministrativo”, propriamente, non ricorra affatto, e ricorra invece un “merito privato” di consistenza criminosa». In argomento, cfr., altresì, Id., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *RIDPP*, 1989, 88 e *L'abuso d'ufficio*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, I, Milano 1991, 595 s.

Una simile esigenza di certezza dei rapporti giuridici e di continuità dell'azione amministrativa sembra sussistere *a fortiori* nell'organizzazione gerarchica dell'Amministrazione militare, da cui discende il diretto corollario dell'insindacabilità dei relativi ordini, funzionale a garantire l'efficienza di un servizio preposto alla difesa della Patria (art. 52 Cost.) e volto al contenimento dei fenomeni criminosi, al mantenimento dell'ordine pubblico e alla salvaguardia delle stesse istituzioni democratiche.

In una simile prospettiva, nella faticosa ricerca di un equilibrio tra i costi ed i benefici generati dall'antinomia giuridica, diviene tollerabile – in quanto volta ad assicurare l'ordine militare e le riflessa tempestività dell'azione difensiva - persino la violazione delle norme penali, laddove la condotta del militare risulti conforme all'ordine gerarchico ricevuto (in quanto, appunto, insindacabile) a condizione, naturalmente, che la relativa esecuzione non costituisca manifestamente reato (operando, eccezionalmente, la scriminante di cui all'art. 51 co. 4 Cp).

4. La suggerita prospettiva olistica più sopra adombrata, sembra consigliare una certa prudenza nell'esercizio dell'*actio finium regundorum*, tra prerogative del giudice e discrezionalità amministrativa.

In una costante tensione tra il principio di legalità e quello di efficacia dell'azione della Pubblica Amministrazione, si assiste, invero - laddove vengano in rilievo interessi di rango costituzionale, eventualmente di natura superindividuale - non solo ad un momento recessivo della regolamentazione legale a favore dell'agire provvedimento<sup>20</sup>, ma persino ad una dequotazione del principio di legalità, risultando tollerabile la persistenza dell'atto illegittimo, nella prospettiva della continuità e della certezza dei rapporti giuridici.

Nella tratteggiata cornice, l'organizzazione dell'Amministrazione militare e del servizio che la stessa eroga, risultano evidentemente caratterizzate da esigenze di speditezza delle procedure e di perentorietà degli ordini attinenti al servizio e/o alla disciplina.

Ferma l'irrinunciabilità di un controllo di legalità sull'esercizio dei pubblici poteri, allora, il sindacato giurisdizionale sembra doversi orientare, per un verso, nella direzione della non ingerenza del giudice nei profili di merito dell'Amministrazione; per l'altro, nella logica del massimo sforzo argomentativo, laddove la motivazione – quando la decisione è comunque chiamata ad intervenire - assume un ruolo fondamentale, anche in una prospettiva di contenimento degli effetti che (risolto il caso concreto) a catena, la statuizione giudiziale può innescare (più in generale) nei rapporti tra i militari e l'Amministrazione di appartenenza, generando un pericoloso stallo dell'azione amministrativa (collegato, ad esempio, al convincimento, in capo al primi, dell'ammissibilità di un sindacato, da parte loro, sugli ordini ricevuti dal superiore gerarchico).

Laddove, ad esempio – con particolare riferimento ai margini di operatività della causa di non punibilità per tenuità del fatto di disobbedienza, di cui all'art. 173 c.p.m.p. – si affermi che «il tema della decisione è (...) quello di una valutazione in concreto del possibile pregiudizio arrecato all'andamento del servizio dalla condotta di inottemperanza all'ordine» e che la «rilevanza e offensività della condotta, ai fini di cui all'art. 131-*bis* cod. pen. (...) va parametrata alle circostanze di fatto in cui si è verificata la violazione» dovendosi indagare la «"incidenza" dell'ordine violato, quantomeno in prospettiva, sulla regolarità ed efficienza del servizio (secondo il giudizio prognostico prima richiamato)»<sup>21</sup>, occorrerà non tenere conto, in una simile valutazione, di circostanze affatto estranee allo specifico segmento amministrativo

<sup>20</sup> Sembra ormai tramontata, d'altra parte, la teoria dei diritti inaffievolibili, dovendosi ragionevolmente escludere, nella moderna concezione dello Stato sociale e nel connesso intreccio tra interessi pubblici e privati, l'esistenza di posizioni non attingibili dall'azione amministrativa. Cfr. in proposito, F. Urbani, *La cassazione torna a occuparsi del rapporto tra riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *CG*, 2017, 5, 649.

<sup>21</sup> Così, Cass. 3.9.2024, n. 33369, in *CP*, 2024, 12, 4019.

vulnerato dall'*impasse* generata dall'inosservanza del comando ricevuto e rilevanti, semmai, sotto il profilo dell'intensità del dolo.

Al riguardo, laddove, ad esempio, il militare, convocato a rapporto, rifiuti di conformarsi all'ordine di interrompere la registrazione della conversazione (vietata, in luoghi militari, per ragioni di sicurezza) nel frattempo dallo stesso dichiaratamente avviata – a parte ogni considerazione in relazione all'eventuale natura ridondante del comando, se confermativo di un divieto normativamente già posto, e alla connessa insussistenza del reato di disobbedienza – il sospetto, più o meno fondato, che nel corso di quel confronto i superiori proveranno ad esercitare, su di lui, indebite pressioni per ottenere la ritrattazione dei termini di una denuncia sporta nei loro confronti, ventilando ipotesi ritorsive, potrà rilevare, semmai, in termini scriminanti, operando la legittima difesa, anche putativa (sempre che, per l'insussistenza di precedenti condotte analoghe, non debba escludersi l'attualità dell'offesa, a tutto vantaggio di un'inammissibile difesa preventiva) o, ancora, sotto il profilo dell'intensità del dolo, l'inosservanza fondandosi su ragioni di cautela piuttosto che sul mancato riconoscimento dell'autorità<sup>22</sup>.

Né risulterebbe, d'altra parte, corretto invocare – ai fini del riconoscimento della speciale tenuità dell'offesa - gli eventuali effetti compensativi della condotta disobbediente (*compensatio lucri cum damno*). Ed invero, a parte ogni considerazione connessa al principio di separazione dei poteri (...) un simile sindacato giudiziale, finirebbe per invadere il merito amministrativo, non senza il rischio di un pericoloso scivolamento verso valutazioni ispirate alla c.d. ragion di Stato (non ritenendosi, ad esempio, di poter ancorare il riconoscimento della tenuità al buon servizio reso, *ex post*, dalla disobbedienza, in termini, ad esempio, di prevenzione e/o contenimento dell'iniziativa criminosa del soggetto dal quale promani l'ordine violato, qualora, quest'ultimo non costituisca esso stesso il mezzo della condotta)<sup>23</sup>.

In una simile prospettiva – tornando all'ipotesi richiamata - il giudice non potrà (senza neppure verificare la natura meramente pretestuosa della convocazione) porre a fondamento del giudizio sulla tenuità della compromissione del servizio - ai fini della cui corretta esecuzione l'ordine risultava impartito (e cioè la spedita interlocuzione con il militare convocato a rapporto, per motivi attinenti al servizio, compromessa dal rifiuto di interrompere una registrazione vietata) - gli effetti riflessi (eventualmente positivi) spiegati dalla condotta disobbediente sul buon andamento di un altro servizio (in termini, ad esempio, di esito fruttuoso dell'attività di indagine avviata dalla polizia giudiziaria, a seguito della segnalazione effettuata dal militare a carico dei suoi superiori, i cui contenuti siano rimasti ignoti ai denunciati proprio in ragione dell'interruzione della riunione con il segnalante, determinata dal suo rifiuto di interrompere la registrazione vietata)<sup>24</sup>.

In effetti, a ragionare altrimenti, sarebbe il giudice (e non già la Pubblica Amministrazione) a comporre i diversi interessi coinvolti nel procedimento, attribuendosi (inammissibilmente) al suo insindacabile giudizio, l'individuazione di quello prevalente da realizzare, con grave pregiudizio, non soltanto per il principio di equilibrata ripartizione dei poteri tra i diversi organi costituzionali, ma anche per la continuità dell'azione amministrativa, compromessa dall'attribuzione, al militare, prima, e al giudice, poi, di un sindacato sull'ordine militare (tradizionalmente insindacabile)<sup>25</sup>.

Se, infatti, fosse riconosciuta, al militare, la facoltà di valutare in quali casi aderire o meno all'ordine (di interrompere, ad esempio, una registrazione) a seconda del fine più o meno

<sup>22</sup> R. Galasso, *I criteri di valutazione della tenuità del fatto di reato militare: disciplina, continuità dell'azione amministrativa, disobbedienza e limiti al sindacato della Corte di cassazione*, cit., 2024, 4, 33 e 34

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

meritevole che lo stesso si prefigga di realizzare, attraverso la condotta disobbediente, emergerebbe, con grave evidenza, il pericolo di neutralizzare, in modo assoluto, il principio di gerarchia e, con esso, il modello organizzativo dell'Amministrazione militare.

In tal senso non sembrerebbe possibile sostenere la tenuità della condotta disobbediente sulla base dell'esito positivo del procedimento amministrativo avviato a seguito della segnalazione del militare che abbia denunciato i propri superiori, in quanto – a ragionare in una simile prospettiva – si finirebbe per trascurare gli stessi motivi per i quali fu convocato dai propri superiori (risultando apodittica l'affermazione di un mero sospetto in ordine alla loro volontà ritorsiva) e, con essi, il pregiudizio che il comportamento disobbediente abbia arrecato al servizio (ai fini della cui corretta esecuzione era stata valutata la necessità di interloquire con il militare, vanificata dal rifiuto di astenersi da registrazioni non consentite in ambienti militari)<sup>26</sup>.

Il rischio di effetti simili a quelli appena rappresentati, sembra annidarsi in altre decisioni, sempre in tema di disobbedienza, con particolare riferimento alle conseguenze della pronuncia di incostituzionalità della legge attributiva e/o regolativa del potere amministrativo, sull'ordine impartito a valle, in conformità della stessa, e sulla stessa punibilità del militare che si sia sottratto al relativo inadempimento.

In particolare, quanto al rapporto tra l'ordine attinente alla somministrazione dei vaccini dichiarati indispensabili per l'impiego del militare in specifiche operazioni che richiedano una cautelativa profilassi, la sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale<sup>27</sup> dell'art. 206-bis del d.lgs. 15.3.2010 n. 66 (Codice dell'ordinamento militare) in forza del quale l'Amministrazione militare è autorizzata ad individuare i richiamati trattamenti sanitari obbligatori, e il reato di disobbedienza, di cui all'art. 173 c.p.m.p., contestato al militare che, rifiutando l'inoculazione del vaccino, si sottragga all'ordine impartito dal superiore, è stato osservato come «il venir meno dell'art. 206bis» – del codice dell'ordinamento militare, per via della relativa declaratoria di illegittimità costituzionale – «ha conseguentemente comportato anche il difetto del presupposto normativo che era stato posto a base dell'emanazione dell'ordine e che determinava l'attribuzione di una competenza in capo all'organo amministrativo emanante l'ordine», venendo «corrispondentemente meno anche l'attinenza al servizio ed alla disciplina, atteso che l'ordine di presentarsi in infermeria per essere sottoposto alla vaccinazione finisce per ricadere in un campo di azione divenuto ormai estraneo alla sfera di competenza del superiore»<sup>28</sup>. Si sottolinea, in particolare, come l'ordine del superiore non

<sup>26</sup> *Ibidem*, ove si sottolinea che «in quest'ultimo senso sembra, invece, orientarsi, Cass. 3.9.2024, n. 33369 (...) la quale, annullando senza rinvio la sentenza di App. mil. Roma, 9.11.2023, n. 54 (...) ha osservato come “nella analisi dei profili di tenuità dell'offesa la Corte di secondo grado trascura del tutto la circostanza - niente affatto marginale - della esistenza di profili di 'segretezza' della relazione di servizio redatta dal Cap. A.A., che costui - attraverso l'espedito della registrazione - intendeva proteggere”. In proposito, la Suprema Corte, dopo aver sottolineato che lo stesso giudice del gravame aveva valorizzato – nella prospettiva dell'infondatezza delle allegazioni dell'imputato, in ordine al timore che lo aveva spinto a registrare – la circostanza alla luce della quale “la relazione di servizio del A.A. ha comunque “seguito il suo corso””, afferma come proprio “questo aspetto è di primaria importanza (...) al fine di sostenere la particolare tenuità del fatto”. Secondo la Suprema Corte, “il tema della decisione è, infatti, quello di una valutazione in concreto del possibile pregiudizio arrecato all'andamento del servizio dalla condotta di inottemperanza all'ordine. E, su tale punto della regiudicanda, può affermarsi - sulla base dei fatti così come ricostruiti in sede di merito e senza necessità di rinvio - che il pregiudizio alla regolarità del servizio fu assolutamente marginale, posto che dalla mancata verbalizzazione delle dichiarazioni del A.A. (in occasione della convocazione oggetto di giudizio) non è sorta, anche ponendosi in via prognostica, una reale difficoltà di espletamento del servizio militare” dal momento che “la relazione inoltrata dal A.A. non sarebbe stata - per tale ragione - cestinata, come è puntualmente avvenuto”».

<sup>27</sup> Cfr. Corte cost. 9.2.2023, n. 14

<sup>28</sup> In questo senso, v. G.u.p. presso il Tribunale Militare di Napoli, sent. 28.4.2023, n. 36 (il quale aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale).

vada inquadrato «nei termini della nullità – annullabilità per illegittimità, perché affetto da vizio di incompetenza (relativa) eccesso di potere o violazione di legge, dovendo, piuttosto, essere considerato giuridicamente inesistente, trattandosi di un'ipotesi di incompetenza assoluta, poiché l'organo amministrativo ha emanato un atto in una materia del tutto sottratta alla propria competenza amministrativa, incidendo su una sfera di diritti soggettivi che esula dalla sfera di competenza del superiore»<sup>29</sup>.

Eppure, va evidenziato - in ordine alle conseguenze della pronuncia di incostituzionalità della legge attributiva e/o regolativa del potere amministrativo, sui provvedimenti adottati a valle, in conformità della stessa - come non si dubiti, oramai, della stabilità dell'atto che non sia stato tempestivamente impugnato innanzi al giudice amministrativo, soltanto in quella sede potendosi far valere il relativo vizio di annullabilità, previa proposizione (e positiva definizione) del giudizio di legittimità costituzionale della norma interposta.

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito, in particolare, come, sul piano sostanziale, l'atto amministrativo, adottato sulla base di una legge dichiarata incostituzionale, risulti annullabile, dal momento che la legge in contrasto con la Costituzione sarebbe una legge invalida, ancorché efficace sino alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale che la dichiara illegittima. In una simile prospettiva, tale sentenza, producendo effetti retroattivi incidenti sui rapporti pendenti, priverebbe il provvedimento amministrativo, con effetti retroattivi, della sua base legale e, pertanto, «la conseguenza sarà sempre l'annullabilità e non la nullità dell'atto anche nel caso in cui la norma dichiarata costituzionalmente illegittima sia l'unica attributiva del potere»<sup>30</sup>.

Ed invero, «tra la legge e l'atto amministrativo non sussiste un rapporto di consequenzialità analogo a quello ravvisabile fra l'atto preparatorio e l'atto finale del procedimento amministrativo, in quanto l'atto amministrativo, come manifestazione autonoma del potere esecutivo, ha una vita e un'individualità propria e non resta direttamente travolto dalla cessazione di efficacia della norma», venendo in rilievo «l'autonomia del momento amministrativo», e «l'esigenza di tutelare l'affidamento ingenerato nei cittadini»<sup>31</sup>.

Al contrario, la richiamata prospettiva di un rapporto di stretta presupposizione tra norma attributiva del potere e legittimità del provvedimento emanato a valle – nella direzione, in particolare, dell'efficacia caducante (e non solo meramente viziante) di una pronuncia di illegittimità costituzionale (in modo da escludere, censurata la norma, un onere di autonomia e consequenziale impugnativa del provvedimento amministrativo, che risulta, invece, automaticamente travolto) – sembrerebbe, forse, non considerare del tutto le peculiari ricadute di un simile esito (attraverso il recupero di un sindacato sull'ordine ricevuto, evidentemente ben più esteso di quello consentito, nei termini, appunto dalla manifesta illegittimità) sul rapporto di interdipendenza (nel particolare ambito militare) tra principio di autorità e buon andamento dell'azione amministrativa, tenuto, peraltro, conto del richiamato orientamento in ordine alla mera annullabilità dell'atto amministrativo adottato sulla base di una legge dichiarata incostituzionale<sup>32</sup>.

Ed è per tali motivi, in particolare, che l'assetto argomentativo della decisione (indipendentemente dal relativo esito) assume rilievo preminente, considerato, soprattutto, che

<sup>29</sup> In argomento, cfr. R. Galasso, *Profilassi vaccinale illegittima e limiti al sindacato sull'ordine militare relativo alla somministrazione: reato di disobbedienza e principio di continuità amministrativa*, cit., 48 ss.

<sup>30</sup> Cons. Stato, sez. VI, 11.9.2014, n. 4624.

<sup>31</sup> Cfr. sul punto, F. Caringella, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, Roma 2022, 956, il quale sottolinea come restino comunque fermi il potere della Pubblica Amministrazione, sussistendone le condizioni, di ritirare in autotutela l'atto illegittimo e l'invocabilità della sentenza di illegittimità costituzionale nei giudizi ancora pendenti.

<sup>32</sup> R. Galasso, *ivi*, 60.

laddove sia comunque possibile diversamente motivare la sentenza assolutoria (o di non luogo a procedere) – ad esempio, sul diverso terreno delle scriminanti e, in particolare, di quella relativa all'esercizio del diritto (art. 51 Cp) di rifiutare il trattamento sanitario (art. 32 Cost.) da ritenersi non più obbligatorio in quanto, per le proposte modalità di somministrazione (di una pluralità di vaccini che avrebbero dovuto essere, invece, in tempi più lunghi, separatamente inoculati) non riconducibile al tipo individuato dalle norme tecniche di riferimento (ferma, quantomeno in via sperimentale, la sua idoneità terapeutica) – risulterebbe forse controindicato invocare categorie (quali quelle dell'inesistenza dell'ordine, in ragione dell'illegittimità della norma primaria interposta) suscettibili di generare, tra i militari che ricevano un ordine funzionale a garantirne la prontezza di impiego, il convincimento di poter sindacare la legittimità costituzionale della legge attributiva del potere esercitato dal superiore gerarchico. D'altra parte, la necessità di una rimessione, alla Corte costituzionale, della questione di legittimità (dell'art. 206bis c.o.m., nel caso di specie) sembra motivata proprio dall'impossibilità, per il giudice *a quo*, di procedere ad un'interpretazione della norma costituzionalmente orientata, l'inefficacia della stessa non potendo che restare subordinata al giudizio della Consulta. Non sembrerebbe, in tal senso, predicabile la sussistenza di quella illegittimità manifesta che sola risulterebbe in grado di scriminare la condotta disobbediente. Nello scenario appena descritto, dunque, sembra che il ruolo del giudice penale – proprio a fronte di una crescente complicazione dei rapporti tra fonti e/o atti e di una progressiva flessione ordinamentale, nella risoluzione delle antinomie giuridiche, verso schemi non tradizionali (anche in ragione delle nuove tensioni geo-politiche e comunque di un'organizzazione più complessa delle relazioni economiche ed istituzionali) – assuma una posizione di particolare delicatezza, in una prospettiva di contenimento del rischio di violenti strappi di sistema, continuando naturalmente a risultare investito del compito di garantire l'*habeas corpus*, e, allo stesso tempo, essendo chiamato a misurarsi con la complessità delle relazioni e dell'organizzazione della società e ad esprimere, con una solida tecnica argomentativa, la conoscenza della richiamata poliedricità degli interessi in gioco, rifuggendo, prudentemente, da valutazioni unidimensionali e non comunicanti ed assicurando, in tal modo, la credibilità del *decisum*, che ne valorizza la portata orientativa. Pare, d'altra parte, che il giurista debba continuare ad operare, sapientemente, con il rasoio d'Occam, scegliendo la soluzione più semplice tra quelle egualmente valide ed evitando brusche spinte in avanti che rischiano di innescare - negando il principio di autorità – tendenze autoritarie. È, invece, nella più equilibrata logica della non interferenza tra poteri dello Stato e nel reciproco riconoscimento delle rispettive prerogative che soltanto sembra potersi sviluppare il dibattito costruttivo intorno alla tenuta del sistema democratico.

## SPUNTI IN TEMA DI CRIPTO-ATTIVITÀ E PROCEDIMENTO PENALE\*

di Jacopo Della Torre (*Professore associato di Diritto processuale penale, Università di Genova*)

Il saggio analizza il rapporto tra giustizia penale e cripto-attività da tre prospettive. In prima battuta, esso fornisce un quadro di come tali beni siano utilizzati per eterogenee finalità illecite. In secondo luogo, si focalizza sulla reazione che, sul piano internazionale e interno, si è avuta per far fronte a questa problematica. Infine, la terza parte ha un'anima processualpenalistica: da un lato, si sofferma sull'importanza che per le autorità di contrasto assume l'impiego di *software* di analisi della *blockchain*; da un altro, affronta le problematiche giuridiche e applicative che sorgono nel caso in cui si renda necessario sequestrare cripto-attività.

The paper approaches the relationship between criminal justice and crypto assets from three perspectives. First, it provides a picture of how such assets are being used for heterogeneous illicit purposes. Second, it analyses the international and national responses to this issue. Finally, the third part of the paper focuses on criminal procedure, analysing the importance of the use of blockchain analysis software for law enforcement purposes and the legal and enforcement issues raised by the need to confiscate crypto assets.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'impiego delle criptovalute per finalità illecite. – 3. La reazione normativa sovranazionale e interna. – 4. *Blockchain* e operazioni di contrasto. – 5. Il c.d. “*follow the crypto*”: una nuova realtà investigativa... orfana di regole. – 6. Il sequestro delle “monete virtuali”: premesse e spunti comparati. – 7. Segue. L'incerto panorama italiano. – 8. Conclusioni.

1. La diffusione delle cripto-attività<sup>1</sup> rappresenta uno dei fenomeni più rivoluzionari degli ultimi anni. Sull'onda del successo avuto dal *Bitcoin* dopo la sua creazione nel 2008<sup>2</sup>, in breve tempo si è assistito allo sviluppo di un enorme mercato globale del settore, fortemente

\* Il contributo costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta di note, dell'intervento svolto il 27 settembre 2024 nell'ambito del convegno su *Indagini e prove nella società digitale*, tenutosi presso l'Università di Trento ed è destinato alla pubblicazione nel volume dei relativi atti, curato da G. Di Paolo e da L. Pressacco. Il lavoro si inserisce, inoltre, nell'ambito del progetto, finanziato dall'Unione Europea, “PRIN 2022 PNRR: CRYPTOSAFE (*Towards a safe seizure and confiscation of crypto-assets in criminal proceedings*)”. Codice progetto P2022HW85A; CUP D53D23022280001.

<sup>1</sup> Le cripto-attività costituiscono una categoria omnicomprensiva, capace di inglobare in sé qualunque «rappresentazione digitale di un valore o di un diritto che può essere trasferito e memorizzato elettronicamente, utilizzando la tecnologia a registro distribuito o una tecnologia analoga» (art. 3 co.1 n. 5 reg. 1114/2023/UE, relativo ai mercati delle cripto-attività – c.d. Regolamento MiCA, per una analisi del quale si rimanda a M. Nicotra, F. Sarzana di S. Ippolito, M. Simbula (a cura di), *Il Micar. Guida al regolamento europeo sui mercati delle cripto*, Milano 2023 e S. Capaccioli e M.T. Giordano, *Crypto-asset: Regolamento MiCA e DLT pilot regime*, Milano 2023).

<sup>2</sup> L'idea del *Bitcoin* è stata presentata al pubblico il 31 ottobre 2008, mediante la pubblicazione di un *white paper* (reperibile a questo link <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>) da parte di un individuo o di un gruppo, identificatosi con lo pseudonimo di “Satoshi Nakamoto”. Il momento non è casuale: si tratta del periodo in cui era scoppiata la grande crisi finanziaria globale, dovuta al fallimento di grandi banche americane come la *Lehman Brothers*. La crisi del 2007-2008 è stata vista come la dimostrazione del fallimento della politica finanziaria globale, basata sugli intermediari bancari tradizionali. Essa ha favorito il lancio di un nuovo mezzo di pagamento digitale, per l'appunto, il *Bitcoin*, pensato per essere “decentralizzato”, cioè, scambiato sulla rete *web* senza la necessaria presenza di intermediari, a cui affidare il compito di controllare la validità delle transazioni (e, in particolare, la mancata “doppia spesa” delle somme).



eterogeneo e in continua ascesa, capace di movimentare, ogni giorno, valori per centinaia di miliardi di dollari<sup>3</sup>.

Tuttavia, come era stato preconizzato già nell'ambito del movimento di pensiero c.d. "cypherpunk", che ha costituito il retroterra culturale per la creazione del fenomeno in esame<sup>4</sup>, gli *asset* virtuali hanno ben presto attirato l'attenzione, non solo dei comuni risparmiatori, degli istituti bancari e delle autorità governative, ma anche della criminalità<sup>5</sup>. È, d'altra parte, un dato oramai accertato che i *bad actors* abbiano repentinamente iniziato a sfruttare le potenzialità del nuovo "oro digitale", al fine di incrementare i loro profitti. Al riguardo, è sufficiente menzionare il celebre caso *Silk Road*, cioè il primo "darknet market"<sup>6</sup> ad aver impiegato il *Bitcoin* come moneta di scambio, che dalla sua creazione nel 2011, sino alla chiusura nel 2013 da parte dell'FBI, ha gestito vendite di beni illeciti di ogni tipo per centinaia di milioni di dollari<sup>7</sup>.

In questa sede, mi occuperò del complesso rapporto tra giustizia penale e cripto-attività da tre prospettive. In prima battuta, fornirò un quadro di come esse vengano oggi utilizzate per eterogenee finalità illecite (§ 2). In secondo luogo, analizzerò la reazione che, sul piano sovranazionale e interno, è stata finora intrapresa per far fronte a questa problematica (§ 3). La terza parte avrà, invece, un *focus* prettamente processualpenalistico. Da un lato, mi soffermerò sull'importanza che per le autorità di *law enforcement* riveste l'impiego di *software* di analisi della *blockchain*<sup>8</sup>, al fine di seguire i flussi di transazioni e di de-anonimizzarle (§ 5). Da un altro lato, affronterò le delicate problematiche giuridiche e applicative che sorgono nel caso in cui si renda necessario sequestrare i beni in esame (§§ 6-7).

La consapevolezza della complessità che caratterizza i procedimenti penali in cui vengono in rilievo cripto-valute costituirà lo spunto per le conclusioni (§ 8), nelle quali avanzerò alcune proposte utili per una migliore regolazione del fenomeno, concernenti, tanto il piano interno, quanto quello sovranazionale.

---

<sup>3</sup> Nel secondo decennio degli anni Duemila, le monete virtuali hanno progressivamente iniziato a diffondersi in tutto il mondo: oggi ne contano oramai più di 9.000 tipologie con una capitalizzazione complessiva di mercato di oltre tre trilioni di dollari. Per rendersi conto delle peculiarità del fenomeno in esame basti prendere quale esempio la criptovaluta \$TRUMP, lanciata dal Presidente Trump in occasione del suo secondo insediamento, il cui prezzo è cresciuto in pochi giorni del 45.000%, movimentando un mercato di oltre 10 miliardi di dollari (cfr., al riguardo, <https://www.reuters.com/technology/trumps-new-crypto-token-jumps-ahead-his-inauguration-2025-01-20/>).

<sup>4</sup> Mi riferisco al *The Crypto Anarchist Manifesto*, in <https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/crypto/cypherpunks/may-crypto-manifesto.html>.

<sup>5</sup> Per un'analisi diacronica del fenomeno, cfr. D. Carlisle, *The Crypto Launderers. Crime and Cryptocurrencies from the Dark Web to DeFi and Beyond*, Chichester 2024 e G. Soana, *The Anti Money Laundering Regulation of Crypto-Assets in Europe*, Milano 2024.

<sup>6</sup> Con tale locuzione si fa riferimento a mercati sviluppati su pagine nel *dark web*, cioè su siti raggiungibili solo mediante l'impiego di *software* o protocolli d'accesso specifici come *Tor* o *I2P*, dove le criptovalute vengono spesso utilizzate come mezzo di offuscamento per acquistare droga, armi, documenti falsi (e così via). Per un'analisi del fenomeno, cfr. ECMDDA - Europol, *Drugs and the darknet. Perspectives for enforcement, research and policy*, The Hague 2017, 16 ss.

<sup>7</sup> Per un'ampia trattazione di tale caso, recentemente tornato agli onori delle cronache, in ragione del fatto che il Presidente Trump ha graziato il creatore di *Silk Road*, si veda il volume di D. Carlisle, *op. cit.*, 6 ss.

<sup>8</sup> La *blockchain* rappresenta l'infrastruttura tecnologica di base del mondo delle cripto-attività. Per un'agevole spiegazione sul punto, cfr. N. Furneaux, *Investigating Cryptocurrencies. Understanding, extracting, and analyzing blockchain evidence*, Chichester 2018, 1 ss. e G. Soana, *The Anti Money Laundering*, cit., 29 ss., v. anche *sub* § 4. Tale concetto ha, oramai, diverse definizioni normative, tra cui è sufficiente qui menzionare l'art. 3 co.1 n. 2 MiCAR, il quale si riferisce a «un archivio di informazioni in cui sono registrate le operazioni e che è condiviso da una serie di nodi di rete DLT ed è sincronizzato tra di essi, mediante l'utilizzo di un meccanismo di consenso».

2. Per rendersi conto del ruolo che le cripto-attività rivestono per l'economia criminale è utile esaminare i *report* elaborati in materia dalle numerose società di *blockchain analytics* oramai esistenti<sup>9</sup>.

Le stime maggiormente accreditate, a questo riguardo, sono quelle sviluppate dall'azienda americana *Chainalysis*, la quale produce uno dei *software* privati di tracciamento dei flussi di cripto-attività più utilizzati tanto all'estero, quanto in Italia. Ebbene, secondo le indagini compiute da questa società, dal 2021 in poi la quantità di *crypto-asset* frutto di traffici illeciti avrebbe sempre superato, su scala globale, i 25 miliardi di dollari. Per la precisione, la somma sarebbe stata nel 2021 di 26,5 miliardi, nel 2022 di 54,3, nel 2023 di 46,1, mentre nel 2024 di 51,3<sup>10</sup>. E se è vero che si tratta di una fetta di transazioni molto più bassa se comparata alla grandezza complessiva del mercato in questione rispetto a quanto accadeva in passato<sup>11</sup>, è altrettanto vero che i dati appena riportati sono fortemente sottostimati<sup>12</sup>. Si afferma un tanto, non solo perché gli stessi escludono i profitti provenienti «*from non-crypto-native crime, such as traditional drug trafficking and other crimes in which crypto may be used as a means of payment or laundering*»<sup>13</sup>, ma anche in ragione del fatto che essi prendono in esame soltanto gli scambi di cui è già riconosciuta la riconducibilità ad attori criminali. Dal che se ne ricava come vi sia una grande “cifra oscura” di flussi illeciti di cripto-attività, non analizzata neppure dai più avanzati *report* del settore.

Un ulteriore aspetto da prendere in considerazione è costituito dal fatto che i dati in materia dimostrano come il flusso di *asset* criminosi si muove, in particolare, verso alcune giurisdizioni, tra cui spiccano gli Stati Uniti, la Russia, la Cina e diversi ordinamenti europei, come il Regno Unito e la Francia<sup>14</sup>. Ma anche l'Italia è coinvolta massicciamente nel fenomeno: onde rendersi conto di ciò, è, d'altra parte, sufficiente ricordare come *Chainalysis* abbia identificato, nel corso del tempo, centinaia di milioni di dollari di attività illecite in cripto-attività riconducibili al nostro Paese<sup>15</sup>. E quel che è peggio è che vi sono plurimi esempi concreti di come finanche le mafie (italiane e straniere) stiano sfruttano le cripto-attività nei loro traffici<sup>16</sup>.

Detto ciò, va subito precisato che, a differenza di quanto si potrebbe pensare a primo acchito, l'uso criminale delle criptovalute non è limitato a specifiche tipologie di reati, ma copre oramai qualsivoglia genere delittuoso connesso alla trasmissione di un valore monetario<sup>17</sup>. Non a caso,

<sup>9</sup> Tra i quali, v. *Chainalysis, The 2024 Crypto Crime Report*, reperibile in <https://go.chainalysis.com/crypto-crime-2024.html>; *Elliptic, Typologies Report 2024. Preventing Financial Crime in Cryptoassets*, reperibile in <https://www.elliptic.co/resources/elliptic-typologies-report-2024>; *TRM, Global Crypto Policy Review & Outlook 2023/24*, <https://www.trmlabs.com/eoy-policy-report-2023-24>.

<sup>10</sup> I dati sono tratti da *Chainalysis, Illicit Volumes Portend Record Year as On-Chain Crime Becomes Increasingly Diverse and Professionalized*, reperibile in <https://www.chainalysis.com/blog/2025-crypto-crime-report-introduction/>.

<sup>11</sup> Cfr. D. Carlisle, *op. cit.*, 195, il quale ricorda che – secondo i dati di *Elliptic* – nel 2012 almeno un terzo di tutte le transazioni *Bitcoin* erano legate ad attività illecite.

<sup>12</sup> Lo rileva giustamente ancora D. Carlisle, *op. cit.*, 195.

<sup>13</sup> Cfr. *Chainalysis, Illicit Volumes*, cit.

<sup>14</sup> Cfr. *Chainalysis, 270 Service Deposit Addresses Drive 55% of Money Laundering in Cryptocurrency*, reperibile in <https://www.chainalysis.com/blog/cryptocurrency-money-laundering-2021/>.

<sup>15</sup> Si veda, in proposito, N. Buonanno, *Attività criminali basate sulle criptovalute: ultimi trend e modalità di tracciamento*, in [www.cybesecitalia.events](http://www.cybesecitalia.events), 6.

<sup>16</sup> Cfr. A. Anselmi, *Onion routing, cripto-valute e crimine organizzato*, Pisa 2019, nonché A. Nicaso (et. al.), *The Dark-Web Side of Mafias. Appalti, crypto e cybercrime. Le mafie adesso, più invisibili e potenti*, Milano 2024.

<sup>17</sup> Al riguardo, cfr. N. Furneaux, *There's No Such Thing as Crypto Crime. An Investigative Handbook*, Chichester 2025, 67 ss.

già alla fine del 2021, Europol aveva affermato esplicitamente che «*the criminal use of cryptocurrency is no longer primarily confined to cybercrime activities, but now relates to all types of crime*»<sup>18</sup>.

Da una prospettiva economica, si è già accennato come le cripto-attività abbiano favorito il repentino sviluppo di veri e propri mercati criminali – presenti nel *dark web*<sup>19</sup>, ma anche su *social network* come *Telegram*<sup>20</sup> – in cui si vendono droga, armi, materiale pedopornografico, documenti falsi o rubati, fino ad arrivare alla possibilità di assoldare *killer* e a organizzare il traffico di esseri umani.

Se quanto detto è vero, va, tuttavia, osservato come le fattispecie aventi a oggetto cripto-attività si siano comunque evolute in modo profondo nel corso del tempo.

Da un lato, hanno acquisito sempre maggiore rilievo forme di reati come le truffe *online*, i furti di criptovalute e gli attacchi informatici (i c.d. *ransomware*). Si tratta di illeciti che, oltre a poter destabilizzare il mercato legale<sup>21</sup>, costituiscono una minaccia pure per la sicurezza nazionale, essendo dimostrato come essi siano spesso sviluppati da gruppi di *hacker* supportati da autorità statali, come la Corea del Nord<sup>22</sup>.

Da un altro lato, è oramai assodato che pure varie organizzazioni terroristiche – tra cui l’ISIS e Al-Qaeda – abbiano effettivamente cominciato a sfruttare le criptovalute per raccogliere fondi e/o comprare armi<sup>23</sup>. Risale, ad esempio, alla fine di dicembre del 2024 la notizia della condanna pronunciata da una giuria americana nei confronti di un uomo di Springfield, per aver spedito oltre 185.000 dollari in *asset* virtuali a membri dell’ISIS<sup>24</sup>.

Ma l’esperienza insegna che il punto d’elezione privilegiato che lega vasti traffici criminali alle cripto-attività è costituito dal riciclaggio<sup>25</sup>. Tali beni si rivelano, invero, da questo angolo visuale particolarmente problematici già solo per il fatto che – come vedremo meglio in seguito

<sup>18</sup> Europol, *Cryptocurrencies: tracing the evolution of criminal finances*, dicembre 2021, reperibile in [europol.europa.eu/publications-events/publications/cryptocurrencies-tracing-evolution-of-criminal-finances](https://europol.europa.eu/publications-events/publications/cryptocurrencies-tracing-evolution-of-criminal-finances).

<sup>19</sup> Al riguardo, va detto che le autorità giudiziarie americane ed europee hanno compiuto, nell’ultimo decennio, una lotta senza quartiere ai c.d. *darknet market*, costellata di grandi successi: pensiamo, ad esempio, all’eliminazione da parte della polizia tedesca del *darknet market Hydra* nel 2022, che gestiva traffici illeciti per miliardi di dollari o, per quanto concerne l’Italia, al c.d. “Berlusconi Market”, smantellato nel 2019 dalla Procura di Brescia. Nondimeno, i dati di *Chainalysis* provano come tale fenomeno sia ben lungi da essere sradicato: cfr. *Chainalysis, The 2024 Crypto Crime Report*, cit., 90.

<sup>20</sup> Cfr. l’articolo *ONU: Telegram è un hotspot per fronti e riciclaggio di criptovalute*, reperibile in <https://www.binance.com/it/square/post/14555538331489>.

<sup>21</sup> Si pensi a casi celebri come gli attacchi agli *exchange* “FTX” o “Bybit”, oppure a *stablecoins* come “Terra Luna”, i quali hanno causato perdite su scala globale per miliardi di dollari.

<sup>22</sup> Si pensi al ruolo rivestito dal noto “Gruppo Lazarus”: D. Carlisle, *op. cit.*, 97 ss.

<sup>23</sup> In argomento, v. A. Burgess, R. Hamilton e C. Leuprecht, *Terror on the Blockchain: The Emergent Crypto-Crime-Terror Nexus*, in D. Goldbarsht e L. de Koker (a cura di), *Financial Crime, Law and Governance*, Cham 2024, 203 ss.; A. Lavorgna, *Organised Crime Goes Online: Realities and Challenges*, in *Journal of Money Laundering Control* 2015, 153 ss.; G. Milad, S.M.A. Irwin, *The use of crypto-currencies in funding violent jihad*, *ivi* 2016, 407 ss.

<sup>24</sup> La notizia si può reperire al seguente link: <https://www.justice.gov/usao-edva/pr/federal-jury-convicts-springfield-man-crypto-financing-scheme-isis>.

<sup>25</sup> Il tema è ampiamente studiato dalla letteratura penalistica italiana. A quest’ultimo proposito, basti ricordare il dibattito concernente la natura giuridica delle criptovalute e, di conseguenza, la possibilità di sussumere le “monete 2.0” in una delle diverse declinazioni dell’oggetto materiale del reato di riciclaggio ai sensi dell’art. 648-bis Cp. Cfr., a livello monografico, G.J. Sicignano, *Bitcoin e riciclaggio*, Torino 2019 e G. Soana, *The Anti Money Laundering*, cit., *passim*. Si vedano pure L. Picotti, *Profili penali del Cyberlaundering: le nuove tecniche di riciclaggio*, in *RTrimDPenEc* 2018, 590 ss.; F. Pomes, *Le valute virtuali e gli ontologici rischi di riciclaggio: tecniche di repressione*, *DPenCont – Riv. trim.* 2019, 159 ss.; M. Naddeo, *Nuove frontiere del risparmio, Bit Coin Exchange e rischio penale*, in *DPP* 2019, 101 ss.

– essi consentono di scambiare, pressoché istantaneamente, flussi di valore da una parte all'altra del globo, senza richiedere l'intervento di una banca o di un altro istituto di investimento tradizionale. Il che significa bypassare, in un solo colpo, i principali soggetti su cui si è da sempre sorretto il sistema contro il *money-laundering*, costruito faticosamente a livello internazionale e interno<sup>26</sup>. Senza contare che le criptovalute consentono di ovviare anche ad alcuni dei maggiori inconvenienti che caratterizzano il denaro contante, laddove impiegato per questi scopi: quali la sua fisicità e la possibilità di identificare, a certe condizioni, le singole banconote utilizzate.

I criminali hanno poi dimostrato grandi capacità di adattamento al repentino sviluppo del mondo delle cripto-attività. A questo proposito, non va trascurato che se, per lungo tempo, le transazioni illecite di cripto-attività hanno avuto a oggetto soprattutto i *Bitcoin*, oggi la situazione è mutata. I dati, infatti, ci dicono che negli ultimi anni stanno iniziando a essere sempre più sfruttate a questo fine altre tipologie di *asset* virtuali, come le *stablecoins*<sup>27</sup>. Ancora, vari *report* dimostrano come anche gli ultimi derivati del “mondo cripto” presentino forti rischi. Il riferimento va: a) ai c.d. *Non Fungible Tokens* (NFT), cioè *token* crittografici non replicabili perché registrati in una *blockchain*, quali opere d'arte, video, foto o audio<sup>28</sup>; b) agli strumenti di finanza decentralizzata<sup>29</sup>; c) al metaverso<sup>30</sup>; d) alle forme integrate di portafogli di criptovalute e mezzi di comunicazione criptata.

Si può, in definitiva, ben dire che la galassia delle cripto-attività è, oramai, al centro di uno scontro globale tra *bad actors* e autorità di *law enforcement*. I primi hanno sviluppato strategie sempre più sofisticate per eludere i controlli. Le seconde hanno cercato di rispondere alla minaccia, sia attraverso strumenti economici<sup>31</sup>, sia di tipo normativo (§ 3) e investigativo (§ 4-6).

3. Di fronte a un quadro tanto problematico come quello descritto nel paragrafo precedente, gli ordinamenti sovranazionali e interni non potevano rimanere a lungo inerti. Onde evitare che il settore in esame si dimostrasse attrattivo per i criminali già solo perché caratterizzato da una «latitanza della legge»<sup>32</sup>, era, infatti, inevitabile che i legislatori reagissero sul piano normativo, cercando di imbrigliarne la natura deformalizzata.

<sup>26</sup> Come sottolinea G. Soana, *Obblighi di prevenzione del riciclaggio e criptoattività. Interventi legislativi ed opportunità regolamentari*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2022, fascicolo speciale, 472, «le criptovalute [...] nel bypassare la necessità per gli utenti di avvalersi di intermediari negli scambi di valore digitale, intaccano la premessa fattuale su cui è basata la normativa antiriciclaggio – per scambiare valore *online* è necessario avvalersi di un intermediario – diminuendone fortemente la cogenza concreta».

<sup>27</sup> Si tratta di *asset* il cui valore è legato ad altre valute aventi o meno corso legale, oppure ad altri beni (come l'oro).

<sup>28</sup> Cfr., sul punto, il *report* di Elliptic, *NFTs and Financial Crime*, reperibile in <https://www.elliptic.co/resources/nfts-financial-crime>.

<sup>29</sup> Cfr., al riguardo, l'articolo di Chainalysis, *DeFi Takes on Bigger Role in Money Laundering But Small Group of Centralized Services Still Dominate*, reperibile in <https://www.chainalysis.com/blog/2022-crypto-crime-report-preview-cryptocurrency-money-laundering/>.

<sup>30</sup> Per una guida in materia, v. il *report* di Europol, *Policing in the metaverse: what law enforcement needs to know*, reperibile in <https://www.europol.europa.eu/publications-events/publications/policing-in-metaverse-what-law-enforcement-needs-to-know>.

<sup>31</sup> Si pensi alla strategia sviluppata dagli Stati Uniti attraverso l'*Office of Foreign Assets Control* (OFAC) per sanzionare a livello economico le maggiori organizzazioni criminali del settore (<https://ofac.treasury.gov/>). Cfr., al riguardo, l'articolo di Chainalysis, *OFAC and Crypto Crime: Every OFAC Specially Designated National with Identified Cryptocurrency Addresses*, in <https://www.chainalysis.com/blog/ofac-sanctions/>.

<sup>32</sup> Cfr. F. Consulich, *Nella wunderkammer del legislatore penale contemporaneo: monete virtuali che causano*

In particolare, si sono a oggi susseguite tre macrofasi di regolazione del fenomeno<sup>33</sup>.

In un primo momento, la strategia cardine su cui si è puntato è stata quella di intercettare i principali punti di contatto in “entrata” e in “uscita” del mercato delle cripto-attività, (ri)modulando e aggiornando in questo senso l’insieme dei presidi antiriciclaggio tradizionali. A tale riguardo, deve osservarsi come un ruolo propulsivo sia stato assunto dalla *Financial Action Task Force* (FAFT), le cui indicazioni hanno rappresentato, sin dal principio, il “modello” seguito dal legislatore europeo nell’approntare una regolamentazione della materia<sup>34</sup>. In tale contesto, va menzionata la Quinta Direttiva antiriciclaggio (Direttiva 2018/843/UE), la quale ha avuto il pregio di obbligare i c.d. *exchanges* (cioè, quegli operatori che svolgono il ruolo di cambiavalute tra denaro FIAT e valute virtuali e/o viceversa) e i c.d. *custodian wallet provider* (ovverosia quegli operatori che custodiscono le chiavi private dei portafogli di criptovalute) a rispettare i classici vincoli imposti agli istituti di credito in materia di antiriciclaggio<sup>35</sup>. In tal modo, si è evidentemente cercato di gettare le basi per ricostruire, pure in questo settore “dematerializzato”, quella rete di intermediari finanziari che costituisce l’ossatura dei presidi *AML*<sup>36</sup>.

Nonostante gli sforzi profusi a livello europeo e nazionale, deve darsi conto del fatto che – come era stato preconizzato dalla stessa Direttiva 2018/843/UE<sup>37</sup> – siffatta serie di norme non è stata sufficiente a contenere i rischi criminogeni degli strumenti in esame. Sfruttando la rapida evoluzione che caratterizza il settore delle cripto-attività, i *bad actors* hanno, invero, ben presto sviluppato molteplici strategie volte ad aggirare i presidi di tutela approntati dal legislatore. Le principali minacce a questo riguardo sono rappresentate, per un verso, dall’implementazione di strumenti sempre più sofisticati volti a offuscare le transazioni e farle apparire “lecite” (si pensi all’impiego di meccanismi come *mixers*<sup>38</sup>; oppure all’utilizzo di “ponti” tra una

---

danni reali, in *DPP* 2022, 153.

<sup>33</sup> Per uno studio analitico della tematica, cfr. G. Soana, *The Anti Money Laundering*, cit., 69 ss.

<sup>34</sup> *FATF, Report “Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks”, 2014; FATF, Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Currencies, 2015.*

<sup>35</sup> Si tratta di una strategia basata sulla condivisibile intuizione per cui, data la ancora scarsa utilizzabilità nel mondo fisico di tali beni, prima o poi essi saranno portati a scambiarle per denaro avente corso legale, dovendo perciò rivolgersi a tali *service provider*.

<sup>36</sup> Queste fonti sono state prontamente recepite sul versante nazionale. Ciò è avvenuto dapprima con il d.lgs. 25.5.2017 n. 90 – che ha individuato tra i soggetti obbligati ai fini antiriciclaggio tutti i prestatori di servizi di conversione di valute virtuali in valute aventi corso forzoso – e, in seguito, con il d.lgs. 4.10.2019 n. 125, di attuazione della Quinta Direttiva antiriciclaggio. Quest’ultimo, in particolare, si è spinto – per una volta – oltre il contenuto degli atti sovranazionali: esso non si è limitato, infatti, a modificare nuovamente la definizione di valuta virtuale, ma ha anche lodevolmente esteso gli obblighi in esame, oltreché ai «prestatori di servizi di portafoglio digitale», pure ai «prestatori di servizio all’utilizzo di valute virtuali», intesi come tutti coloro che prestano «servizi di emissione, collocamento, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all’acquisizione, negoziazione, intermediazione delle valute».

<sup>37</sup> Cfr., il considerando n. 9, dove si affermava che «l’inclusione dei prestatori di servizi la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute reali e dei prestatori di servizi di portafoglio digitale non [avrebbe risolto] completamente il problema dell’anonimato delle operazioni in valuta virtuale».

<sup>38</sup> Trattasi di strumenti che consentono agli utenti di oscurare la cronologia delle proprie transazioni, aggregando un certo numero di trasferimenti e quindi mischiando l’origine e la destinazione dei pagamenti effettuati: cfr. D. Carlisle, *op. cit.*, 39 ss.

*blockchain* e l'altra<sup>39</sup>, oppure, ancora, di criptovalute incentrate sulla *privacy*<sup>40</sup>) e, per un altro verso, dall'utilizzo di cambiavalute non conformi con gli obblighi *AML*<sup>41</sup>.

A fronte di tali problematiche, è stata inaugurata una "seconda era" nell'ambito della disciplina sovranazionale del fenomeno delle cripto-attività, volta – in linea con le nuove indicazioni provenienti dalla *FAFT*<sup>42</sup> – a favorire una più adeguata regolamentazione e protezione del mercato, degli investitori, nonché degli scambi che avvengono al suo interno. Si colloca precisamente in questa direzione la recente approvazione del Regolamento 2023/1114/UE relativo ai mercati delle cripto-attività (c.d. regolamento MiCA), la cui finalità è proprio quella di introdurre una disciplina finalizzata, tanto a favorire lo sviluppo della finanza digitale nei settori «non ancora coperti da atti legislativi dell'Unione in materia di servizi finanziari»<sup>43</sup>, in modo conforme a una concorrenza leale, quanto a proteggere i detentori di *crypto-assets* e a garantire la stabilità del mercato. Siffatti scopi sono concretamente perseguiti attraverso un duplice meccanismo: da un lato, si è imputata agli operatori del settore una dettagliata serie di obblighi, il cui mancato rispetto deve essere prontamente sanzionato dalle autorità competenti; dall'altro, si è prescritta agli Stati membri l'adozione di meccanismi punitivi adeguati a reprimere una serie di violazioni, individuate mediante un puntuale rinvio a specifiche disposizioni regolamentari. Va, al riguardo, rilevato come la normativa europea abbia espressamente autorizzato i singoli Stati a impiegare tanto sanzioni di carattere amministrativo, quanto di natura penale. Da questa prospettiva, il nostro ordinamento, con l'approvazione del d.lgs. 5.9.2024 n. 129<sup>44</sup>, si è limitato a introdurre una singola fattispecie delittuosa di abusivismo legato a operazioni di cripto-attività, privilegiando, per il resto, almeno sulla carta, la strada dell'illecito amministrativo punitivo.

Il regolamento MiCA è stato poi affiancato da un nuovo articolato pacchetto di misure, approvate dalle istituzioni UE tra il 2023 e il 2024, le quali hanno aperto una terza stagione regolatoria del fenomeno *de quo*, volta a meglio intercettare i pericoli specifici determinati dal funzionamento tecnologico degli *asset* basati su registri-distribuiti. Il riferimento va, in prima battuta, al Regolamento (UE) 2023/1113, riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e determinate cripto-attività (c.d. Regolamento *travel-rule*), il quale è stato adottato per garantire che le indicazioni della *FAFT* in tema di estensione della c.d. "regola di viaggio" alle cripto-attività (consistente nell'obbligo, per i prestatori di servizio di corredare i trasferimenti di fondi di dati informativi relativi all'ordinante e al beneficiario)

<sup>39</sup> V., al riguardo, Elliptic, *The state of cross-chain crime*, reperibile in <https://www.elliptic.co/hubfs/Cross%20Chain%20Report%20exec.pdf>.

<sup>40</sup> Si pensi a *Dash*, *Monero* o *ZCash*, le quali si differenziano dalle criptovalute "tradizionali" (come *Bitcoin*) per non essere trasparenti, cioè liberamente osservabili sulla rete. Esse si basano, infatti, su varie tecnologie pensate proprio per offuscare le transazioni e aumentare così il livello di anonimato dei soggetti coinvolti. Sull'impiego di queste criptovalute da parte dei criminali, v. sempre D. Carlisle, *op. cit.*, 59 ss. L'*asset* più problematico è *Monero*, il quale, pur non essendo del tutto immune al tracciamento, lo rende estremamente difficoltoso: cfr., sul punto, le interessanti ricerche pubblicate da TRM, *The Rise of Monero: Traceability, Challenges, and Research Review*, reperibili al seguente link: <https://www.trmlabs.com/post/the-rise-of-monero-traceability-challenges-and-research-review>.

<sup>41</sup> Possono, ad esempio, essere menzionati gli *exchanges* russi *Bizlato*, *Cryptex* e *PM2BTC* recentemente sanzionati dalle autorità statunitensi (OFAC e FINCEN) come enti «*primary money laundering concern*».

<sup>42</sup> FATF, *Report to the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, 2018; FAFT, *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, 2019.

<sup>43</sup> Considerando n. 5 del Regolamento.

<sup>44</sup> Per un'analisi del quale, si consenta il rinvio a J. Della Torre – G. Pontepino, *Commento al d.lgs. 129 del 2024 di attuazione del regolamento UE sui mercati delle cripto-attività. Le novità sul versante penalistico e amministrativo punitivo*, in questa Rivista.

venissero applicate in modo uniforme in tutta l'Unione<sup>45</sup>. Per quanto qui rileva, va segnalato che, accanto a questa novità di ordine generale, tale atto spicca, non solo perché ha inteso attribuire determinati obblighi ai gestori dei c.d. *Bitcoin ATM (Automated Teller Machine)* o *BTM (Bitcoin Teller Machine)*<sup>46</sup>, dato il loro potenziale uso legato al riciclaggio<sup>47</sup>, oppure perché ha esplicitamente invitato l'Autorità bancaria europea a emanare orientamenti che specificino la possibilità di avvalersi di *software di blockchain analysis* a fini preventivi, nei casi in cui vi sia una transazione a rischio particolarmente alto<sup>48</sup>. L'innovazione principale del provvedimento sta, invero, nel fatto che, modificando in modo significativo l'approccio mantenuto in precedenza, l'Unione ha ricompreso nel suo ambito operativo pure le transazioni tra *service provider* e *wallet* gestiti in modo autonomo dagli utenti (c.d. *wallet* "auto-ospitati"<sup>49</sup>). Così facendo, si è evidentemente cercato di mitigare, almeno in quota parte, il rischio che portafogli digitali di questo tipo si trasformino in uno strumento utile per aggirare l'insieme dei presidi antiriciclaggio faticosamente (ri)costruiti a livello sovranazionale e interno<sup>50</sup>. Di riflesso, è chiaro come, in tal modo, si sia voluto attribuire un sempre più chiaro ruolo di primi guardiani della legalità del settore ai prestatori professionali di servizio di cripto-attività.

Ed è proprio in quest'ottica che si pone anche il nuovo *AML Package*<sup>51</sup>, composto dalla VI Direttiva antiriciclaggio (Dir. 2024/1640/UE), dal Regolamento *AMLA* (Regolamento 1620/2024/UE) e dal Regolamento antiriciclaggio (il Regolamento 1624/2024/UE, c.d. *single rulebook*). È degno di nota come in particolare quest'ultimo provvedimento contenga svariate previsioni innovative per il settore in esame, tra cui spiccano: a) la scelta di obbligare i prestatori di servizi per le cripto-attività ad applicare misure di adeguata verifica della clientela anche per le operazioni occasionali, che risultano rafforzate sopra la soglia di 1.000 euro di controvalore (art. 19); b) la previsione di ulteriori misure di mitigazione dei rischi in relazione a operazioni con indirizzi auto-ospitati (art. 40); c) la scelta di vietare ai prestatori di servizi per le cripto-attività la fornitura e la custodia di conti di cripto-attività anonimi o di conti che consentono l'anonimizzazione o un maggiore offuscamento delle operazioni (es. *wallet* con *mixer* integrati, come il celebre *Wasabi Wallet*<sup>52</sup>), anche attraverso monete incentrate sull'anonimato (art. 79).

<sup>45</sup> In merito a tale atto, cfr. la monografia di G. Soana, *The Anti Money Laundering*, cit., 212 ss.

<sup>46</sup> Art. 2 par. 1 e considerando n. 25.

<sup>47</sup> D. Carlisle, *op. cit.*, 83 ss.; M. Hyman, *Bitcoin atm: criminal's laundromat for cleaning money*, in *St. Thomas Law Review* 2015, 296 ss., ai quali si rinvia anche per più ampie considerazioni in merito al funzionamento tecnico di tali strumenti.

<sup>48</sup> Considerando n. 17. Cfr. EBA, *Guidelines on templates for explanations and opinions, and the standardised test for the classification of crypto-assets, under Article 97(1) of Regulation (EU) 2023/1114*, 10.12.2024, nelle quali sono contenute varie *red flags* utili per identificare transazioni di matrice particolarmente sospetta.

<sup>49</sup> Ovverosia quelli in cui il cliente ha il pieno controllo delle chiavi crittografiche private. Cfr. *sub* par. 4.

<sup>50</sup> A ogni modo, rimangono ancora fuori dalla disciplina le transazioni dirette tra persona e persona (cd. P2P). Nondimeno, in proposito il considerando n. 58 precisa che, visti i potenziali rischi determinati da tali tipologie di transazioni, la Commissione UE sarà tenuta entro il 1° luglio 2026 a valutare la necessità di ulteriori misure specifiche in materia.

<sup>51</sup> Pubblicato sulla G.U. dell'Unione il 19 giugno 2024, e destinato a divenire completamente operativo il 10 luglio 2029. Per una visione d'insieme, v. G. Soana, *The Anti Money Laundering*, cit., 203 ss.

<sup>52</sup> Per un'analisi del ruolo che tale tipologia di *wallet* ha nei traffici criminali, cfr. Elliptic, *Elliptic Research Shows a Dramatic Increase in the Use of Privacy Wallets to Launder Proceeds of Crime in Cryptoassets*, reperibile in <https://www.elliptic.co/media-center/elliptic-research-privacy-wallets-crime-in-cryptoassets>. Non a caso, la FinCEN americana, onde far fronte a tale minaccia, ha proposto di adottare una regolamentazione tesa a «*identifies international Convertible Virtual Currency Mixing (CVC mixing) as a class of transactions of primary money laundering concern*» (cfr. *FinCEN Proposes New Regulation to Enhance Transparency in Convertible Virtual Currency Mixing and Combat Terrorist Financing*, reperibile in [!\[\]\(7467c1dd0ef2428537a0061c375ff0d0\_img.jpg\)
 309](https://www.fincen.gov/news/news-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

Va, da ultimo, segnalato che l'Unione europea non si è fermata però qui, ma nel 2024 ha potenziato il proprio sistema di contrasto alla criminalità nel settore in esame mediante la nuova Direttiva 2024/1260/UE, riguardante il recupero e la confisca dei beni<sup>53</sup>. Sebbene, come ribadiremo in seguito, tale provvedimento non detti, in modo criticabile, una disciplina ablatoria *ad hoc* per i beni in esame<sup>54</sup>, esso presenta perlomeno il pregio di ricomprendere esplicitamente gli stessi nelle procedure dalla stessa regolate. Il che rappresenta comunque un segnale di come il legislatore europeo si sia reso conto del fatto che i *crypto-asset* non possono essere oramai più tralasciati, laddove si vogliano contrastare i profitti illeciti delle organizzazioni criminali e riaffermare, anche in questo settore, la validità della massima per cui “il crimine non deve pagare”<sup>55</sup>.

4. Nel paragrafo precedente, si è avuto modo di osservare che, negli ultimi anni, è stata introdotta una rete sempre più fitta di previsioni, volte a facilitare il contrasto ai traffici illeciti che si riconnettono a cripto-attività. Come testimoniato dai dati pubblicati dall'Unità di Informazione Finanziaria presso la Banca d'Italia, questi sforzi regolatori stanno effettivamente producendo risultati positivi. Le nuove regole sono, infatti, riuscite ad aumentare, in modo esponenziale, le segnalazioni per operazioni sospette (SOS) riconducibili a *virtual asset*. Basti, in proposito, pensare che si è passati da appena 732 SOS ricevute nel 2019 a 3.453 nel 2021, sino a superare le 5.000 già nel 2022<sup>56</sup>. Il che, evidentemente, dimostra un miglioramento significativo delle capacità preventive e repressive dell'ordinamento.

Se ciò è vero, va, del pari, rilevato come, tanto il MiCAR, quanto la corposa disciplina anticiclaggio approvati in questo settore, non possano essere considerati dei punti d'arrivo, ma solo i primi passi di un percorso che deve essere necessariamente più ampio e ambizioso. Onde contrastare in modo efficace i traffici illeciti che abbiano a oggetto cripto-attività è, invero, indispensabile focalizzare l'attenzione anche su profili ancora non sufficientemente esplorati, tra cui spicca il piano più strettamente investigativo e processuale. Al riguardo, va, infatti, osservato che, se – come accennato – per quanto concerne il diritto penale sostanziale e quello amministrativo punitivo sono già stati fatti diversi passi avanti, la situazione risulta molto più critica a livello processualpenalistico. E ciò in quanto, da questo angolo visuale, si assiste, finora, a un preoccupante immobilismo legislativo quasi totale, sia a livello sovranazionale, sia interno. Il che rischia di creare problemi di rilevanza cruciale, dal momento che non sempre le previsioni generali contenute nei codici di rito riescono ad adattarsi alle peculiarità del fenomeno *de quo*, venendosi a determinare aree grigie (se non veri e propri vuoti di tutela) pericolose, sia per il rispetto dei diritti fondamentali degli individui, sia per la “tenuta processuale” delle ipotesi accusatorie.

Al fine di dimostrare tale assunto, è necessario ripercorrere – seppur per sommi capi – lo schema di base che caratterizza gli scambi di cripto-valute. Al riguardo, deve anzitutto ribadirsi

---

*releases/fincen-proposes-new-regulation-enhance-transparency-convertible-virtual-currency*).

<sup>53</sup> A commento della quale, v. A. Del Giudice, *La nuova direttiva europea sul sistema di asset recovery. Novità, impatti, prospettive*, in *RIDPP* 2024, 1011 ss.; S. Finocchiaro, *La nuova direttiva dell'Unione europea in materia di sequestro e confisca*, in *www.sistemapenale.it*, 6, 2024, 105 ss.; A.M. Maugeri, *La nuova direttiva 2024/1269 per il recupero e la confisca dei beni: un complessivo sforzo di armonizzazione per la lotta al crimine organizzato e all'infiltrazione criminale nell'economia*, in *www.sistemapenale.it*, 30.12.2024.

<sup>54</sup> Per condivisibili critiche circa tale lacuna, v. A. Del Giudice, *op. cit.*, 1022 ss. (v. anche *sub* § 7).

<sup>55</sup> Sul quale cfr., per tutti, V. Manes, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *RIDPP* 2015, 1260.

<sup>56</sup> Cfr. *Newsletter* 5-2022 della UIF, reperibile all'indirizzo <https://uif.bancaditalia.it/publicazioni/newsletter/2022/newsletter-2022-5/index.html>.



che, onde trasferire questi beni, è indispensabile avere un “portafoglio” (cosiddetto *wallet*)<sup>57</sup>, cioè uno strumento contenente le chiavi che consentono a livello tecnico le transazioni. Esse si basano, più propriamente, su uno schema a “criptografia asimmetrica”, richiedendo l’utilizzo contestuale di due diverse tipologie di “chiavi”<sup>58</sup>: una “chiave pubblica”, impiegata sia per generare gli indirizzi all’interno dei quali sono ricevuti gli *asset*, sia per crittografare i dati della transazione; e una “chiave privata”, la quale ha la funzione di autorizzare la spesa. Per trasferire una somma è sufficiente conoscere l’indirizzo del destinatario e siglare la transazione con la chiave privata, senza per forza rivolgersi a un intermediario. A questo punto, il sistema genera una stringa di dati nella quale è indicata la somma trasmessa e gli indirizzi interessati. Dopodiché, intervengono degli utenti (per il *Bitcoin* chiamati “*miners*”) che hanno il compito di raccogliere le transazioni in un blocco e di “validarlo”<sup>59</sup>, cioè di controllare che i vari passaggi di valore siano coerenti con i precedenti blocchi della catena<sup>60</sup>. Una volta compiuta questa operazione, essi aggiungono il nuovo gruppo di transazioni alle precedenti: ed è proprio da questa prospettiva che si coglie il senso del termine *blockchain*, che rappresenta, per l’appunto, una “catena di blocchi” delle transazioni via via compiute.

Senonché è importante ricordare che le *blockchain* non sono tutte uguali, ma vengono, tradizionalmente, divise in quattro categorie: pubbliche, private, ibride o federate<sup>61</sup>. Per quanto qui rileva, va ricordato che le principali *blockchain* del settore delle cripto-attività – come quella di *Bitcoin* – rientrano nella prima categoria. Esse sono, più in particolare: a) *immutabili*, senza il consenso della rete (difatti, varie copie della *blockchain* sono contenute nei nodi della rete, il che consente al sistema di essere affidabile, evitando la doppia spesa delle somme); b) *decentralizzate*, atteso che non esiste un’autorità regolatoria centrale che prenda in carico gli scambi, ma esse sono gestite dagli utenti; c) *trasparenti*, nel senso che l’importo, la data, l’indirizzo di invio e l’indirizzo di ricezione di ogni transazione sono liberamente osservabili da chiunque; d) *tracciabili*, poiché si può risalire all’esatta provenienza di ogni trasferimento cristallizzato sul registro; e) *pseudo-anonime*<sup>62</sup>, in quanto le transazioni pur fornendo uno scudo di riservatezza, dal momento che sono identificate solo in forma criptata mediante una sequenza di numeri e lettere (c.d. *transaction hash*) e non mediante i nominativi del cedente e del cessionario, ben possono, tuttavia, essere de-anonimizzate, mediante l’ausilio di determinate tecniche<sup>63</sup>.

Ebbene, è evidente che le notazioni appena compiute producono un duplice ordine di conseguenze sul versante investigativo.

In primo luogo, ciò consente di comprendere come nei procedimenti penali legati alle cripto-attività le tecniche d’indagine tradizionali (pur sempre essenziali) debbano essere

<sup>57</sup> Molteplici sono le tipologie di *wallet* esistenti: *Paper wallet*; *Software wallet*; *Hosted wallet*; *Self-hosted wallet*; *Hot wallet* e *Cold wallet*. Cfr. per un’ampia analisi sul punto, N. Furneaux, *Investigating Cryptocurrencies*, cit., 95 ss.

<sup>58</sup> Sul punto, v. la chiara analisi di G. Soana, *The Anti Money Laundering*, cit., 41 ss.

<sup>59</sup> Le modalità di validazione cambiano a seconda del diverso “algoritmo del consenso” su cui si fonda la singola *blockchain* di riferimento: al riguardo, v. N. Furneaux, *There’s No Such Thing as Crypto Crime*, cit., 139 ss.

<sup>60</sup> Cfr., ancora, G. Soana, *The Anti Money Laundering*, cit., 36 ss.

<sup>61</sup> V. R. Verma e N. Dhanda, *Blockchain types: A characteristic view*, in Aa.Vv., *Distributed Computing to Blockchain Architecture, Technology, and Applications*, Cambridge 2023, 69 ss.

<sup>62</sup> Circa tale caratteristica, v. A. Balaskas e V.N.L. Franqueira, *Analytical Tools for Blockchain: Review, Taxonomy and Open Challenges*, in *International Conference on Cyber Security and Protection of Digital Services (Cyber Security)*, Glasgow 2018, 5; C. Rueckert, *Cryptocurrencies and fundamental rights*, in *Journal of Cybersecurity* 2019, 3; G. Soana, *The Anti Money Laundering*, cit., 45 ss.

<sup>63</sup> Per un’aggiornata guida operativa sul punto, cfr. N. Furneaux, *There’s No Such Thing as Crypto Crime*, cit., 239 ss. Come anticipato, bisogna ribadire che tale operazione di de-anonimizzazione è, invece, molto più complessa, per alcune *privacy coin* come *Monero*.

necessariamente supportate da metodologie di ricerca della prova aventi carattere altamente tecnologico<sup>64</sup>. L'esperienza insegna, infatti, che l'attività di contrasto alla criminalità avente a oggetto *crypto-asset*, oltre ad avere spesso una matrice transnazionale, richiede l'impiego incrociato di plurimi atti di indagine digitali. Si allude, in particolare, sia al compimento di attività *under cover* telematiche, sia alla raccolta massiva di dati da fonti aperte (c.d. *open source intelligence* – c.d. OSINT)<sup>65</sup> e, in particolare, da *social network* (c.d. SOCMIT)<sup>66</sup>, sia, infine, all'utilizzo di metodi variegati di analisi della *blockchain* (c.d. *blockchain analysis*)<sup>67</sup>. Le autorità di *law enforcement* hanno, infatti, ben presto imparato a sfruttare alcune caratteristiche intrinseche dei registri-distribuiti delle principali criptovalute, tra cui, in particolare, il loro essere di norma pubblici e liberamente accessibili<sup>68</sup>, per ricostruire tramite tecniche di questo tipo i flussi di cripto-attività illeciti e per de-anonizzarli. E se è vero che diverse attività possono essere compiute in modo manuale dagli operatori<sup>69</sup>, va ricordato che, con il tempo, è nata una vera e propria industria di *software* specializzati, utili per scandagliare il *web* alla ricerca di dati di rilievo e per seguire i flussi di denaro<sup>70</sup>. Siffatto *modus operandi*, tuttavia, induce a riflettere, come vedremo a breve, circa la compatibilità di queste nuove metodologie di indagine con il diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali, specialmente qualora dette operazioni siano compiute in maniera continuativa e massiva, al fine di ricavare un quadro atomistico della “vita finanziaria” (e non solo) dei singoli bersagli<sup>71</sup>. In secondo luogo, le peculiari caratteristiche della tecnologia della *blockchain* incidono, in modo determinante, anche sulle procedure di sequestro aventi ad oggetto le criptomonete collegate a traffici illeciti<sup>72</sup>. Al riguardo, fermo l'interesse degli ordinamenti giuridici a imporre vincoli reali di diverso tipo su tali beni<sup>73</sup>, va registrato il fatto che l'esecuzione degli stessi

<sup>64</sup> Cfr. N. Furneaux, *There's No Such Thing as Crypto Crime*, cit., 109 ss. Nella letteratura italiana, v. G. Costabile, *Le indagini digitali*, in Aa.Vv., *Cyber Forensics e indagini digitali*, Torino 2021, 128.

<sup>65</sup> Si veda sul punto NATO, *Open Source Intelligence Handbook*, 2001.

<sup>66</sup> Sulla quale, v., *amplius*, D. Omand, *Social Media Intelligence (SOCMINT)*, in R. Dover, H. Dylan, M.S. Goodman (a cura di), *The Palgrave Handbook of Security, Risk and Intelligence*, Londra 2017, 355 ss.

<sup>67</sup> In argomento, v., *ex multis*, H. Atlam (et. al), *Blockchain Forensics: A Systematic Literature Review of Techniques, Applications, Challenges, and Future Directions*, in *Electronics* 2024, 1 ss.; D. Carlisle, *op. cit.*, 63 s.; A. Balaskas e V.N.L. Franqueira, *op. cit.*, 1-8; Elliptic, *Blockchain Analytics & Analysis*, reperibile in <https://www.elliptic.co/hubfs/Blockchain%20and%20Analytics%20Guide.pdf>; N. Furneaux, *There's No Such Thing as Crypto Crime*, cit., 125 ss.; S. Salisu e V. Filipov, *Blockchain Forensics: A Modern Approach to Investigating Cybercrime in the Age of Decentralisation*, in R.L. Wilson e B. Curran (a cura di), *Proceedings of the 18<sup>th</sup> International Conference on Cyber Warfare and Security*, Reading 2023, 338 ss.; G. Soana, *The Anti Money Laundering*, cit., 224 ss.; C. Pelker Alden, C. Brown e R. Tucker, *Using Blockchain Analysis from Investigation to Trial*, in *Department of Justice Journal of Federal Law and Practice* 2021, 59 ss.

<sup>68</sup> Come si è accennato, fanno eccezione a queste caratteristiche una serie di criptovalute incentrate sulla *privacy*, come *Dash*, *Monero* o *ZCash*.

<sup>69</sup> Cfr., per numerosi esempi al riguardo, N. Furneaux, *Investigating Cryptocurrencies*, cit., 175 ss.

<sup>70</sup> Sulla nascita di questa industria, cfr. D. Carlisle, *op. cit.*, 63 ss.

<sup>71</sup> Cfr. *sub* par. 5.

<sup>72</sup> Per una panoramica operativa delle tecniche da seguire per sequestrare efficacemente le cripto-attività, cfr. N. Furneaux, *There's No Such Thing as Crypto Crime*, cit., 445 ss., nonché A. Owen, M. Nizzero e A. Larkin, *Seizing Crypto: When Asset Recovery Goes Digital*, reperibile in <https://www.rusi.org/explore-our-research/publications/commentary/seizing-crypto-when-asset-recovery-goes-digital>. Nella letteratura italiana, v. M. Antinucci e D. Scampoli, *Il sequestro e la confisca di bitcoin*, in *DPP* 2024, 1083; F. Cajani, *Sequestri di files e Bitcoin: i riflessi della dematerializzazione di beni e valute sulla disciplina penal-procussualistica italiana*, *ivi* 2021, 742; P. Dal Checco, *Sequestro e confisca: tecnica e procedura*, in S. Carpaccioli (a cura di), *Criptoattività, criptovalute e Bitcoin*, Milano 2021, 329; R. Lupo, *Quale sequestro per le criptovalute?*, in *ilCentuario* 2020, 50.

<sup>73</sup> Idealmente, è possibile disporre un vincolo reale sulle monete virtuali attraverso un sequestro probatorio (e, eventualmente, una successiva confisca), in quanto *corpus delicti*, cioè, prodotto, profitto o prezzo del reato (art. 253, co.2, Cpp). Parimenti, esse possono rappresentare l'oggetto di un sequestro conservativo (art. 316 Cpp) o

determina molteplici complessità, tanto di ordine teorico, quanto pratico. Dalla prima prospettiva, occorre sottolineare come, in realtà, gli *asset* virtuali, in quanto beni immateriali, non possono essere tecnicamente oggetto di un sequestro in quanto tale (se inteso come spossessamento fisico di una *res*), potendosi solamente ottenere un effetto giuridico equivalente<sup>74</sup>. Ma ciò che più rileva è il secondo angolo visuale: ci riferiamo, in particolare, al fatto che il fortissimo rischio di dissipazione che caratterizza i beni in esame, i quali possono essere trasferiti altrove in un attimo con un *click*, eludendo alla radice le misure ablatorie dell'autorità, rende indispensabile adottare plurimi accorgimenti, onde assicurarsi che le stesse possano andare a buon fine.

Preso atto di ciò, nei prossimi paragrafi ci si concentrerà separatamente sui problemi che i temi appena menzionati pongono per l'ordinamento italiano, a causa della già ricordata inerzia legislativa che caratterizza il settore delle indagini penali in cui vengano in rilievo cripto-attività.

5. Come si è accennato, gli strumenti automatici di tracciamento rappresentano degli ausili fondamentali per contrastare, in modo efficace, i reati connessi alle cripto-attività. Non a caso, anche in Italia, vari *software* di analisi della *blockchain* sono oramai in dotazione delle autorità di *law enforcement*, le quali li utilizzano quotidianamente in un'ottica di *follow the crypto*. Essi vengono, più in particolare, impiegati per ordinare, a monte, e seguire poi, a valle, la marea di flussi di scambi di *asset* presenti sui diversi registri-distribuiti.

Il più delle volte gli investigatori impiegano i *tools* con un obiettivo preciso: quello di riuscire a individuare mediante gli stessi un prestatore di servizi di cripto-attività, come un *exchange*, a cui rivolgere, poi, un ordine di fornire informazioni circa le generalità dei soggetti coinvolti nelle transazioni, riuscendosi così a de-anonimizzare la catena delle stesse<sup>75</sup>. Nel caso si abbia a che fare, invece, con un *provider* che gestisca direttamente le chiavi private dei *wallet* per i propri clienti, il vantaggio sarà ancora maggiore, dal momento che si potranno a questo punto finanche bloccare i fondi di interesse, notificando al medesimo un provvedimento di sequestro. Se ciò è vero, va osservato che, a differenza di quanto accade in altri ordinamenti<sup>76</sup>, il nostro codice di rito non detta alcuna previsione specifica, né con riguardo all'OSINT, né in merito agli *investigative tools* atti a tracciare, in maniera più o meno massiva e continuativa, le cripto-attività.

In ossequio a una prima lettura, si potrebbe, tuttavia, essere portati a giustificare la mancanza di una regolamentazione specifica sul punto in forza della circostanza per cui i dati analizzati dagli applicativi in questione risultano perlopiù *open access*. Come si è detto, infatti, la maggior parte delle *blockchain* sono pubbliche, così come i dati connessi alle transazioni sul *web* o nei *social network* ricercati tramite applicativi di OSINT. Posto, dunque, che nessuna aspettativa di *privacy* potrebbe essere invocata a fronte di notizie liberamente e consapevolmente esposte "in bella vista"<sup>77</sup> al pubblico, si potrebbe ritenere insussistente un obbligo del legislatore di

---

preventivo (art. 321 Cpp): cfr. Cass. 26.10.2022 n. 44378, in *OneLegale*.

<sup>74</sup> Al pari di quanto avviene nel caso di un sequestro di una pagina *Internet*, infatti, pure l'ablazione dei *bitcoin* non può essere realizzata mediante lo spossessamento fisico della *res*, trattandosi, per l'appunto di beni immateriali.

<sup>75</sup> Si tratta, evidentemente, di dati che i *provider* sono tenuti a raccogliere proprio in forza delle sopra esaminate regole antiriciclaggio, approvate negli ultimi anni a livello sovranazionale e interno. Dal che se ne desume come i *tools* di analisi della *blockchain* costituiscano l'apparato tecnico chiave per consentire di sfruttare al meglio la capacità preventiva e repressiva degli obblighi di adeguata verifica della clientela, posti dalla disciplina *AML*.

<sup>76</sup> Cfr. B.J. Koops, *Police Investigations in Internet Open Sources: Procedural-Law Issues*, in *Computer Law & Security Review* 2013, 654 ss.

<sup>77</sup> Cfr. B.J. Koops, *op. cit.*, 654 ss. Come sottolinea, benché in una più ampia prospettiva, S. Signorato, *Le indagini*

regolare in modo dettagliato i casi e i modi di un loro utilizzo, onde rendere proporzionata l'intrusione nella sfera giuridica del singolo. Ove stessero così le cose, la polizia giudiziaria ben potrebbe avvalersi in autonomia di tali applicativi, utilizzando i propri poteri investigativi generali riconosciuti dal sistema processuale, non essendo, invece, tenuta a richiedere alcun provvedimento autorizzativo emesso da un giudice o dal pubblico ministero.

È opportuno rilevare come un'interpretazione analoga a questa sia stata effettivamente avallata da una delle prime sentenze che, nel panorama mondiale, si è confrontata con simili problematiche. Il riferimento va al caso *Stati Uniti c. Gratkowski*<sup>78</sup>, nel quale un imputato aveva chiesto di escludere degli elementi di prova raccolti dagli investigatori grazie all'impiego di uno strumento di analisi della *blockchain*, in forza del rilievo per cui tale attività sarebbe stata compiuta in violazione del suo diritto alla riservatezza, protetto dal IV Emendamento della Costituzione USA. Ebbene, è degno di nota come la *Court of Appeal* per il Quinto Circuito statunitense abbia rigettato tale censura, valorizzando proprio la natura pubblica e liberamente accessibile dei dati contenuti in tale registro-distribuito. Più in particolare, secondo tale pronuncia, poiché la "catena di blocchi" risulta «*transparent by design*», sarebbe categoricamente da escludersi ogni possibile rilevanza del diritto alla riservatezza con riguardo agli stessi, con la conseguente piena utilizzabilità del materiale ivi raccolto.

Nonostante la presenza di questo precedente, siffatta lettura non convince, per più ordini di ragioni.

In prima battuta, perché essa pare affetta da un vizio logico. Ci si riferisce al fatto che tale esegesi ricava dalla natura *open access* di molte *blockchain* una sorta di rinuncia implicita dell'individuo alla riservatezza delle transazioni che lo riguardano. Ma le cose non stanno così: se è, infatti, vero che vari registri-distribuiti sono pubblici, è altrettanto indiscutibile che, come abbiamo ricordato, gli scambi ivi cristallizzati appaiono in forma criptata, sotto forma di sequenza alfanumerica non riconoscibile, proprio per salvaguardare la *privacy* dei singoli utenti. Che poi gli investigatori, incrociando tali dati con varie tipologie di informazioni, rinvenibili o meno *online*, possano riuscire a de-anonimizzare i passaggi di *asset* virtuali è un elemento che, a nostro avviso, non elimina l'aspettativa di riservatezza di base che, comunque, il singolo ragionevolmente continua a mantenere circa il *contenuto* dei flussi di dati che lo riguardano. Un'aspettativa che si fonda sul fatto che, per la collettività, ogni passaggio di valore presente sulle *blockchain* appare in forma tale da non essere decodificabile, se non con la collaborazione dell'utente o a patto di impiegare mezzi particolarmente intrusivi. Non è, del resto, un caso che, esattamente sulla base di queste ragioni, una parte della giurisprudenza italiana abbia individuato nell'impiego delle cripto-attività una via per occultare all'autorità dei valori, visto il grado di anonimato dalle stesse garantito<sup>79</sup>. Insomma, è proprio perché non bisogna fare confusione tra *forma* della transazione (che può anche essere pubblica) e *oggetto* della stessa (riservata, perché sotto forma di codice *hash*) che ci sembra possa sostenersi che la persona conservi una ragionevole aspettativa di *privacy* con riguardo al *contenuto* dei dati reperibili sulle *blockchain*<sup>80</sup>.

---

*digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino 2018, 166, non «sembrano profilarsi questioni di compatibilità con l'art. 8 Cedu [...] nel momento in cui un soggetto immette dati in un luogo della rete pubblico o aperto al pubblico». Egli, infatti, «accetta il rischio che quei dati possano essere visualizzati ed appresi ovunque, da chiunque, e per qualunque fine. Quindi anche per finalità investigative».

<sup>78</sup> Il riferimento va a *United States c. Gratkowski*, 964 F.3d 307, 312–13 (5th Cir. 2020). A commento della pronuncia, v. D. Penn, *The Fifth Circuit, The Fourth Amendment, and the Third-Party Doctrine: Two Takeaways from the Court's First Ruling on Bitcoin Privacy*, in *Science and Technology Law Review* 2021, 125 ss.

<sup>79</sup> Cfr., ad esempio, Cass. 7.7.2022 n. 27023, in *OneLegale*, in materia di autoriciclaggio.

<sup>80</sup> Da questa prospettiva non sembra, infatti, che si possa slegare il momento della raccolta dei dati presenti sulle *blockchain* dal complesso delle operazioni compiute dagli investigatori, le quali sono nel loro insieme finalizzate

In secondo luogo, va osservato che, come sostenuto da attenta dottrina, l'attività di monitoraggio massivo e di stoccaggio tramite *software* dei flussi di *crypto* di un individuo, a differenza di un'acquisizione "manuale" *una tantum*, determina, comunque, un'ingerenza di non trascurabile gravità nella sfera riservata dell'individuo<sup>81</sup>. E ciò perché, attraverso il complesso di queste operazioni, l'autorità è messa nelle condizioni di ricostruire una porzione tale della "vita economica" del bersaglio, da poter trarre poi conclusioni precise, o addirittura molto precise, su vari aspetti della sua vita privata, come le abitudini quotidiane, le attività esercitate, le relazioni intrattenute, e così via.

Per quanto concerne il diritto dell'Unione europea, non va poi trascurato il fatto che, tanto l'art. 3 della Direttiva 2016/680/UE, quanto l'art. 4 del Regolamento GDPR, fanno rientrare nel novero dei *personal data* tutti quelli che sono in grado di rendere identificabile un utente. E non è difficile rendersi conto che i dati presenti nelle *blockchain* pubbliche rientrano in tale categoria proprio perché permettono di risalire, indirettamente, alle generalità degli interessati<sup>82</sup>. Stando così le cose, l'impiego dei *software* in esame, dando vita a un trattamento automatizzato di dati personali, finalizzato ad analizzare la situazione economica e il comportamento di uno o più soggetti, pare rientrare, più in particolare, nel novero delle c.d. "profilazioni", dovendo, pertanto, sottostare al relativo *acquis* eurounitario in materia<sup>83</sup>.

Da ultimo, la tesi sopra esaminata non convince alla luce di vari orientamenti pretori – strettamente legati – sviluppati in seno alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Per un verso, i giudici di Strasburgo hanno, a loro volta, riconosciuto, in tema di indagini penali realizzate sui conti correnti bancari, che la memorizzazione o la raccolta di dati relativi alla situazione finanziaria di un individuo costituisce un'ingerenza nella riservatezza, a prescindere dalla tipologia e dalla natura delle informazioni raccolte<sup>84</sup>.

Per altro verso, è degno di nota il fatto che la Corte europea abbia affermato che il concetto di "vita privata", cui si riferisce l'art. 8 CEDU, va inteso in senso ampio, ricomprendendovi anche quelle attività che si svolgono in contesti pubblici<sup>85</sup>, come le attività professionali e finanziarie,

---

a de-anonimizzare le transazioni e, quindi, a squarciare il velo di riservatezza assicurato dalle stesse.

<sup>81</sup> Cfr., a questo riguardo, le condivisibili affermazioni di C. Rueckert, *op. cit.*, 6, secondo il quale «*the mere browsing of and searching for data in the blockchain (e.g. with tools like blockchain.info) is not deemed an interference in the right to protection of personal data. However, an intervention in the right to protection of personal data is conceivable, when law enforcement agencies, prosecutors and/or regulators systematically collect, store and/or process data from the blockchain*».

<sup>82</sup> V., ancora, C. Rueckert, *op. cit.*, 7.

<sup>83</sup> Cfr., al riguardo, A. Lyle, *Legal considerations for using open source intelligence in the context of cybercrime and cyberterrorism*, in B. Akhgar, P.S. Bayerl, F. Sampson (a cura di), *Open Source Intelligence Investigation: From Strategy to Implementation*, Londra 2016, 277 ss.; A. Shere, *Reading the Investigators their Rights: A review of literature on the General Data Protection Regulation and open-source intelligence gathering and analysis*, in *The New Collection*, 3, 2020, 1 ss.; G. Soana, *The Anti Money Laundering*, cit., 241 ss. Al riguardo, deve, tuttavia, evidenziarsi una certa contraddittorietà tra la normativa europea in tema di *data protection* – che mira a rafforzare la tutela della riservatezza in ogni suo aspetto – e le norme in materia *AML*, le quali, all'opposto, sono volte ad agevolare intrusioni nella sfera privata per finalità di contrasto alla criminalità economica.

<sup>84</sup> Cfr. C. eur., 1.12.2015, *Brito Ferrinho Bexiga Villa-Nova c. Portogallo*, § 42 ss.; C. eur., 7.7.2015, *N. et autres c. San Marino*, § 51. Cfr., sul punto, G. Lasagni, *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US experiences*, Cham 2019, 334.

<sup>85</sup> Cfr., benché con riguardo al tema del riconoscimento facciale realizzato in luoghi pubblici, C. eur., 4.7.2023, *Glukhin c. Russia*, § 64: «*the Court reiterates that the concept of "private life" is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It can embrace multiple aspects of the person's physical and social identity. It is not limited to an "inner circle" in which the individual may live his or her own personal life without outside interference, but also encompasses the right to lead a "private social life", that is, the possibility of establishing and developing relationships with others and the outside world. It does not exclude activities taking place in a public context.*

tra le quali, come si intuisce, ben possono annoverarsi le transazioni monetarie realizzate attraverso la *blockchain*.

Infine, va ricordato che i giudici europei hanno precisato che la mera attività di stoccaggio da parte delle pubbliche autorità «*of data relating to the private life of an individual amounts to an interference within the meaning of Article 8*»<sup>86</sup>, non essendo neppure necessario che le informazioni raccolte vengano poi utilizzate.

Dall'insieme di queste considerazioni, ne consegue una conclusione univoca: l'utilizzo di *software* di *blockchain analysis* per de-anonimizzare le transazioni nell'ambito di un'indagine penale, provoca un'ingerenza, che può raggiungere anche un rilievo significativo<sup>87</sup>, nel diritto alla vita privata e alla protezione dei dati personali, protetti dall'art. 8 CEDU, nonché dagli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza<sup>88</sup>. Non sembra, del resto, un caso che la stessa FAFT, pur riconoscendo l'importanza di questi *tools* ai fini AML, abbia ricordato che «*it is important to consider any potential implications for privacy and data protection in the use of such tools, if they allow transparency that is not otherwise available (e.g. on public blockchains)*»<sup>89</sup>.

Ne consegue, a cascata, che i legislatori nazionali sono tenuti a rispettare il corrispondente *standard* minimo di garanzie derivante dall'insieme di tali previsioni, il quale è riassumibile nella necessaria presenza di: a) una fonte legale; b) del perseguimento di legittimi scopi di contrasto alla criminalità; e, soprattutto, c) nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>90</sup>. E

---

*There is thus a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of "private life".*

<sup>86</sup> V., per tutte, C. eur., 4.12.2008, *S. and Marper c. Regno Unito*, § 67.

<sup>87</sup> Ciò vale, ad esempio, per quei *software* (tra cui anche alcuni tra quelli più utilizzati nel mercato italiano) che cercano di de-anonimizzare le transazioni mischiando, contemporaneamente, le transazioni con altre informazioni *off-chain* sul soggetto, ottenute da fonti come documenti giudiziari, *social media* e più in generale tramite OSINT. In tal modo, viene creata una vera e propria rete a strascico di dati, atta a ricostruire la vita privata dell'individuo.

<sup>88</sup> Nello stesso senso, v. anche G. Soana, *The Anti Money Laundering*, cit., 244 e C. Rueckert, *op. cit.*, 6 s.

<sup>89</sup> FAFT, *Virtual assets and virtual asset service providers*, ottobre 2021, 71.

<sup>90</sup> Pertanto, è, a questo proposito, necessario rispettare gli insegnamenti in materia di rapporto tra mezzi di ricerca della prova tecnologici e principio di proporzionalità sviluppati, negli ultimi anni, dalla Corte di giustizia. Cfr., tra le molte pronunce sul punto, C.G.U.E., 4.10.2024, *Bezirkshauptmannschaft Landeck*, C-548/21; C.G.U.E., 30.4.2024, *La Quadrature du Net*, C-470/21; C.G.U.E., 7.9.2023, *Lietuvos Respublikos generalinė prokuratūra*, C-162/22; C.G.U.E., 17.11.2022, *Spetsializirana prokuratūra*, C-432/22; C.G.U.E., 20.9.2022, *VD e SR*, C-339/20 e C-397/20; C.G.U.E., 20.9.2022, *Space Net*, C-793 e 794/19; C.G.U.E., 5.4.2022, *Commissioner of An Garda Síochána e. a.*, C-140/20; C.G.U.E., 2.3.2021, *H.K. c. Prokurator*, C-746/18; C.G.U.E., 6.10.2020, *Privacy International*, C-623/17; C.G.U.E., 6.10.2020, *La Quadrature du Net*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18; C.G.U.E., 2.4.2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16; C.G.U.E., 21.12.2016, *Tele 2 e Watson*, C-203/15 e C-698/15; C.G.U.E., 8.4.2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/12 e C-594/12. Come noto, il punto focale di questa giurisprudenza consiste nel rilievo per cui le ingerenze gravi negli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza, per essere proporzionate ai sensi dell'art. 52 della medesima Carta, devono essere autorizzate da un giudice o da un'autorità amministrativa indipendente, che deve essere in grado di garantire un giusto equilibrio tra i legittimi interessi in gioco. A questo riguardo, la Corte di Lussemburgo ha, del pari, chiarito che la gravità dell'ingerenza nei diritti fondamentali dipende da quanto precise siano le conclusioni rispetto alla vita privata della persona interessata che l'accesso ai dati può determinare. Da ciò ne consegue che, perlomeno nei casi in cui l'impiego dei *software* di *blockchain analysis* finisca, tenuto conto della mole di transazioni analizzate/stoccate e della durata cronologica di controllo su un bersaglio, per produrre l'effetto di consentire di tracciare un quadro analitico della vita finanziaria e dei rapporti sociali di una persona, dovrebbe essere assicurato il medesimo *standard* minimo di garanzie. Per altro verso, un ulteriore punto di riferimento obbligato è costituito dall'art. 20 co.2 d.lgs. 21.6.2017 n. 108, di attuazione della Direttiva 2014/41/UE, relativa all'ordine europeo di indagine penale, il quale prevede che all'acquisizione in tempo reale di flussi informatici o telematici, provenienti o diretti a banche e istituti finanziari, il procuratore della Repubblica provvede, se necessario, mediante richiesta al g.i.p. secondo quanto previsto dagli artt. 266 e ss. Cpp in materia di intercettazioni. Si potrebbe, infatti, ritenere che, data la natura finanziaria dei flussi di transazione di cripto-attività, l'impiego *live* di algoritmi di analisi della *blockchain* per tracciare le stesse

proprio quest'ultimo requisito – inteso nella sua duplice componente di legalità in astratto e legalità in concreto – rende inadeguate a soddisfare il livello di garanzie imposto dalla fonte sovraordinata previsioni generali come: a) l'art. 189 Cpp, in tema di prove atipiche; b) gli artt. 55, 348, o 359 Cpp, riguardanti le attività investigative delle autorità di *law enforcement*; o, ancora, c) l'art. 234-bis Cpp, concernente l'acquisizione di documenti e dati informatici<sup>91</sup>.

I problemi sollevati dai *tools* in esame non finiscono però qui.

Va, invero, segnalata una questione di “trasparenza algoritmica” che caratterizza alcuni tra gli applicativi più utilizzati nel settore. Ci si riferisce, in particolare, al fatto che, essendo molti di essi sviluppati da aziende private, le limitazioni derivanti dai diritti di proprietà intellettuale che li caratterizzano non rendono possibile conoscere nel dettaglio le “euristiche” che ne regolano in funzionamento<sup>92</sup>. Il che, come intuibile, incide direttamente, tanto sulla possibilità di valutarne, *cognita causa*, l'affidabilità, quanto di esercitare in modo effettivo il diritto di difesa e al contraddittorio.

Da questa prospettiva, è interessante ricordare la recente decisione adottata dalla *United States District Court* per il distretto della Columbia nel caso *Sterlingov c. USA*<sup>93</sup>. In tale circostanza, l'imputato era accusato di associazione a delinquere finalizzata al riciclaggio di denaro, attraverso la gestione di un noto *mixer* di *Bitcoin*. Per lo svolgimento delle indagini l'autorità inquirente aveva impiegato uno tra i più importanti *software* privati utilizzati anche in Italia (*Chainalysis Reactor*), che aveva consentito di raggruppare e attribuire al *mixer* tutta una serie di indirizzi, transazioni e prelievi illeciti. Nonostante le censure addotte dalla difesa, volte a mettere in luce l'inaffidabilità dello strumento, definito «*unscientific and unreliable*» e a escludere, di riflesso, le evidenze così raccolte, la Corte lo ha comunque ritenuto conforme ai criteri *Daubert* e alla *Federal Rule of Evidence 702*<sup>94</sup>.

Se ciò è vero, va osservato come neppure tale decisione sembri costituire un valido “precedente” per gli ordinamenti europei, in generale, e per quello italiano, in particolare. Si afferma un tanto, in ragione della forte valorizzazione che il principio di “trasparenza algoritmica” ha avuto, sia nell'ambito delle Carte sovranazionali volte a dettare i primi principi di fondo dell'applicazione di forme di intelligenza artificiale nell'ambito della giustizia penale<sup>95</sup>, sia da una parte della giurisprudenza interna. È, ad esempio, utile ricordare come uno

---

nell'ambito di un'indagine penale richieda, per coerenza del sistema, la strutturazione di una disciplina equivalente.

<sup>91</sup> Al riguardo, è utile ricordare che nella recente sentenza C.G.U.E, 4.10.2024, *Bezirkshauptmannschaft Landeck*, C-548/21, § 99 in materia di sequestro di *device*, la Corte ha stabilito che di fronte a un mezzo di ricerca della prova potenzialmente lesivo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza, al fine di rispettare l'art. 52 della stessa, il legislatore nazionale è tenuto a «definire in modo sufficientemente preciso gli elementi, in particolare la natura o le categorie dei reati di cui trattasi, da prendere in considerazione». Si tratta, evidentemente, di un requisito non rispettato da nessuna delle disposizioni del codice di rito menzionate nel testo.

<sup>92</sup> Il termine “euristica” è impiegato per descrivere le tecniche di raggruppamento (*clustering*) delle criptovalute. Un esempio è l'euristica del *co-spending*: essa assume che più indirizzi su *blockchain* che finanziano una singola transazione siano controllati da un unico soggetto, perché la condivisione di chiavi private tra soggetti diversi è improbabile.

<sup>93</sup> Il riferimento va a *United States District Court, District of Columbia, Sterlingov c. Unites States* (2024), 9.2.2024.

<sup>94</sup> *Sterlingov c. Unites States*, cit.

<sup>95</sup> Il riferimento va, *in primis*, alla Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi, 2018, per un commento alla quale, v. S. Quattrococo, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 18 dicembre 2018. V. anche l'art. 8 della *Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, CM(2024)52-final. Sul piano eurounitario, v. il considerando n. 27 del Regolamento 2024/1689/UE sull'IA, ove si sottolinea l'importanza nel garantire la «trasparenza» dei sistemi algoritmici, ovverosia il fatto che gli stessi siano «sviluppati e utilizzati

*standard* molto elevato sul punto sia stato fissato dal Consiglio di Stato, il quale ha esplicitamente sostenuto che le esigenze di trasparenza delle forme algoritmiche devono considerarsi prevalenti su quelle di riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati<sup>96</sup>. E se tali principi valgono sul piano amministrativo, lo stesso non può che accadere – e a maggior ragione – anche in ambito penale, vista la maggiore posta in gioco che caratterizza questo ramo dell’ordinamento.

Ancora, bisogna evidenziare come i *software* in questione, in quanto impiegati per supportare le autorità di contrasto nel valutare «l’affidabilità degli elementi probatori nel corso delle indagini o del perseguimento di reati», sembrano rientrare nei meccanismi ad “alto rischio” di cui al combinato disposto tra l’art. 6 e l’allegato III, n. 6, lett. c) del Regolamento 2024/1689/UE<sup>97</sup> (c.d. Regolamento IA). Collocandosi in questa prospettiva, dunque, i *tools* di tracciamento dovrebbero essere sviluppati, sin dalla fase di progettazione, in modo che possano essere effettivamente controllati dagli operatori umani nel corso del loro impiego (art. 14 par. 1 del Regolamento AI). L’elaborazione *by design* rappresenta, a ben vedere, una scelta costituzionalmente ed eurounitariamente imposta, giacché solo in tal modo è possibile assicurare l’utilizzo di siffatte strumentazioni in maniera conforme ai diritti fondamentali della persona<sup>98</sup>. Purtroppo, va osservato come, anche da questa prospettiva, i *software* più impiegati in commercio si dimostrino deficitari, a causa del velo di opacità che li caratterizza. Spesso, infatti, non si hanno informazioni sufficienti circa: 1) i tassi di errore che caratterizzano gli algoritmi<sup>99</sup>; 2) il percorso di “allenamento” a cui gli *engine* vengono sottoposti; 3) i presidi volti a evitare possibili effetti discriminatori causati dalla macchina, nonché abusi dei dati personali raccolti; 4) le garanzie specifiche tese a ridurre il rischio che l’IA si comporti come una *black box*, ovvero «sistemi in cui *input* e *output* sono osservabili, mentre il funzionamento interno [del sistema] rimane oscuro persino ai suoi stessi programmatori»<sup>100</sup>.

Infine, va rilevato che questi strumenti dovrebbero poter essere utilizzati anche dalla difesa per realizzare un controllo *ex post* sui dati raccolti dall’accusa, oppure per sostenere una propria ipotesi alternativa. Da questa prospettiva, il principio di parità delle parti e il diritto al contraddittorio sembrano, infatti, ostare a un utilizzo degli strumenti in questione in un’ottica

---

in modo da consentire un’adeguata tracciabilità e spiegabilità, rendendo gli esseri umani consapevoli del fatto di comunicare o interagire con un sistema di IA e informando debitamente i *deployer* delle capacità e dei limiti di tale sistema di IA e le persone interessate dei loro diritti».

<sup>96</sup> Cfr. Cons. Stato, 4.2.2020, n. 881, in *OneLegale*. Sia consentito il rinvio sul punto a J. Della Torre, *Le decisioni algoritmiche all’esame del Consiglio di Stato*, in *RDP* 2021, 713 ss.

<sup>97</sup> I sistemi ad alto rischio sono definiti dal Regolamento come quelli che possono avere «un impatto nocivo significativo sulla salute, la sicurezza e i diritti fondamentali delle persone nell’Unione» (considerando n. 46). Per poter qualificare uno strumento come “ad alto rischio”, occorre che siano soddisfatte le condizioni di cui all’art. 6: «a) il sistema di IA è destinato a essere utilizzato come componente di sicurezza di un prodotto, o il sistema di IA è esso stesso un prodotto, disciplinato dalla normativa di armonizzazione dell’Unione elencata nell’allegato I; b) il prodotto, il cui componente di sicurezza a norma della lettera a è il sistema di IA, o il sistema di IA stesso in quanto prodotto, è soggetto a una valutazione della conformità da parte di terzi ai fini dell’immissione sul mercato o della messa in servizio di tale prodotto ai sensi della normativa di armonizzazione dell’Unione elencata nell’allegato I» – e di quelli indicati nell’Allegato III. Per una sintesi dei profili processual-penalistici del Regolamento, cfr. S. Quattrocchio, *Intelligenza artificiale e processo penale: le novità dell’AI Act*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 16.1.2025; M. Torre, *Il Regolamento europeo sull’intelligenza artificiale: i profili processuali*, in *PPG* 2024, 1534 ss.

<sup>98</sup> Cfr., per più ampie considerazioni sul punto, B.J. Koops, J.H. Hoepman, R. Leenes, *Open-source intelligence and privacy by design*, in *Computer Law & Security Review* 2013, 676 ss.

<sup>99</sup> Proprio un problema di questo tipo era stato denunciato dalla difesa nel già citato caso *Sterlingov c. Unites States*, cit. nei confronti del *software Chainalysis Reactor*.

<sup>100</sup> La citazione è tratta da G. Contissa, G. Lasagni, G. Sartor, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Dir. di internet* 2019, 620.



unicamente “a carico”, spingendo, per converso, per un loro possibile impiego anche in favore del prevenuto. Il che, visti i costi notevoli che hanno i più avanzati tra questi *software*, richiederebbe che la difesa possa quantomeno ottenere che un proprio consulente sia messo nelle condizioni di utilizzare gli strumenti a disposizione dell'autorità. Nulla di tutto ciò, è, peraltro, previsto, né a livello sovranazionale, né nel codice di rito.

L'insieme di queste considerazioni ci porta a ritenere che, in assenza di una normativa che ne disciplini nel dettaglio i casi e i modi di utilizzo, l'impiego di *software* automatizzati di *blockchain analysis* dovrebbe, a rigore, considerarsi inibito nel nostro ordinamento processuale penale, data la compressione – non adeguatamente bilanciata da un vaglio di proporzionalità in astratto e in concreto – che gli stessi determinano su plurimi diritti fondamentali della persona. Con la conseguenza che dovrebbe essere vietata l'acquisizione dei loro risultati e/o utilizzazione nel procedimento. E ciò, in primo luogo, sulla base del “combinato disposto” tra artt. 189 e 191 Cpp: al riguardo, pare, invero, da condividere la tesi di chi ritiene che dall'art. 189 si ricavi un divieto probatorio implicito nei confronti di elementi probatori non disciplinati dalla legge acquisiti in spregio alle garanzie primarie dell'uomo, la cui violazione è causa di inutilizzabilità patologica<sup>101</sup>.

Un'interpretazione di questo tipo pare imposta, a maggior ragione, in virtù dei problemi di trasparenza sopra segnalati, i quali impediscono alla difesa di avere un contraddittorio effettivo sull'affidabilità e sul funzionamento di tali strumenti. Come affermato da attenta dottrina, in un'evenienza di questo tipo, infatti, onde salvaguardare i pilastri del *fair trial*, nelle sue articolazioni del contraddittorio e della parità delle armi, è necessario agire a monte direttamente sul piano dell'ammissibilità probatoria, rispetto a quello della valutazione, prevedendo che «*the court should exclude the “black box evidence” from the adjudication on the defendant's guilt*»<sup>102</sup>.

Al proposito, non va, infine, tralasciato come, nonostante la nota ritrosia delle istituzioni sovranazionali a imporre regole circa l'ammissibilità e la valutazione delle prove<sup>103</sup>, questa conclusione trovi supporto anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia. E ciò in quanto i giudici del Lussemburgo hanno negli ultimi anni messo in rilievo, in un numero via via più ampio di sentenze, la necessità di escludere informazioni ed elementi di prova<sup>104</sup>, ottenuti in violazione degli artt. 7, 8, 47 e 48 della Carta di Nizza, laddove vi sia il rischio che l'ammissibilità degli stessi impedisca alla difesa «di svolgere efficacemente le proprie osservazioni in merito a un mezzo di prova rientrante in una materia estranea alla conoscenza dei giudici e idoneo ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti»<sup>105</sup>. Ebbene, dati i gravi problemi di opacità che affliggono molti *software* di *blockchain analysis*, è difficile negare che si ricorra proprio in una situazione di questo tipo, la quale impone l'esclusione del mezzo di prova al fine di evitare una violazione siffatta.

<sup>101</sup> In tal senso, v. C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova 2007, 173; P. Tonini, C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano 2014, 105. *Contra*, invece, M. Daniele, *Indagini informatiche lesive della riservatezza. Verso un'inutilizzabilità convenzionale?*, in *CP* 2013, 370.

<sup>102</sup> Testualmente, S. Quattrocchio, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham 2020, 96, nonché M. Gialuz e S. Quattrocchio, *Predictive justice in Italy*, in *Revue Internationale de Droit Pénal* 2023, 205. V. anche L. Lupária Donati e G. Fiorelli, *Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'Intelligenza Artificiale*, in *DPenCont – Riv. Trim.* 2022, 2, 43.

<sup>103</sup> Cfr., *amplius*, A. Cabiale, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano 2019.

<sup>104</sup> Cfr., al riguardo, tra le tante, C.G.U.E, 5.9.2024, *M.S.*, C-603/22, § 172; C.G.U.E, 14.5.2024, *Stachev*, C-15/24; C.G.U.E, 30.4.2024, *M.N.*, C-670/22, § 131; C.G.U.E, 2.3.2021, *H.K.*, C-746/18, par. 44; C.G.U.E, 6.10.2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, cit., § 226.

<sup>105</sup> La citazione è tratta da C.G.U.E, 6.1.0.2020, *La Quadrature du Net e a.*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, cit., § 226.

Se questa soluzione è imposta dal doveroso rispetto delle garanzie della persona, va, tuttavia, ammesso come la stessa non sia affatto a costo zero per l'ordinamento. E ciò, in quanto, come abbiamo avuto modo di osservare, i *tools* in questione sono assolutamente indispensabili per un efficiente contrasto alla criminalità. Alla luce di un tanto, non stupisce che, nella prassi, gli investigatori, pur di non privarsi di tali mezzi, siano soliti utilizzare un *escamotage*: essi continuano a impiegarli, ma solo come “spunti investigativi”, che vengono poi riscontrati tramite atti di indagine tradizionali, validamente utilizzabili in fase procedimentale e processuale. Non sfuggerà che l'operazione da ultimo descritta, pur riducendo l'impatto negativo della tecnologia in esame sui diritti fondamentali, fa comunque pagare ai singoli prevenuti la criticabile inerzia del legislatore in questa materia<sup>106</sup>.

6. Come si è avuto modo di anticipare, la struttura decentralizzata della rete *blockchain* assume particolare importanza pure con riguardo alla procedura di ablazione avente ad oggetto le cripto-attività. Infatti, se, con riguardo alla “moneta analogica”, gli investigatori possono ricercare e sequestrare documenti e conti bancari con relativa agilità rivolgendosi agli istituti di credito, per quanto concerne gli *asset* digitali in esame, la possibile mancanza di un *service provider* che funga da intermediario e la loro estrema volatilità, rende infruttuose siffatte modalità operative classiche<sup>107</sup>.

A fronte di ciò, si comprende la ragione per cui varie organizzazioni internazionali – come il GAFILAT, l'INTERPOL, l'OSCE e il Consiglio d'Europa<sup>108</sup> – abbiano emanato *guidelines* specifiche in materia, al fine di supportare le autorità di *law enforcement* nello sviluppo di un'efficace attività tesa all'ablazione reale delle criptomonete legate a operazioni illecite. Proprio in quest'ottica si spiega il perché, nell'ambito del Fondo Monetario Internazionale, si sia finanche affermato che il fenomeno in esame «*require adjusting some legal requirements and practices (e.g., freezing/seizing orders to be issued by a court)*», onde consentire di realizzare un'attività di prevenzione e di repressione efficiente<sup>109</sup>.

Come abbiamo avuto modo di anticipare, anche l'Unione europea ha cominciato a interessarsi della materia, attraverso l'approvazione della Direttiva 2024/1260/UE. Tale provvedimento, infatti, menziona esplicitamente le cripto-attività tra i beni che possono essere sottoposti a sequestro e confisca nell'ambito di un procedimento penale<sup>110</sup>. Per di più, va segnalato che, proprio perché il legislatore eurounitario, rendendosi conto del grande rischio di dissipazione che concerne tali *asset*, li ha ricompresi tra quelli che dovrebbero poter essere “appresi” tramite “azioni immediate” degli Uffici per il recupero dei beni, istituiti per agevolare la cooperazione transfrontaliera in relazione alle indagini per il reperimento dei beni<sup>111</sup>. Se un tanto è vero, va,

<sup>106</sup> Difatti, spesso l'intera catena probatoria e indiziaria trova origine proprio nell'impiego – non regolato – di tali applicativi. Purtroppo, non essendo stata accolta dalla giurisprudenza italiana la teoria dei “frutti degli alberi avvelenati”, ma quella del *male captum bene retentum*, questo vizio originario è, attualmente, privo di un rimedio effettivo. Per una recente analisi critica del tema, cfr. F.R. Dinacci, *L'inutilizzabilità e il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove consapevolezza*, in *Arch. pen. (web)*, 2023, 2.

<sup>107</sup> C. Rueckert, *op. cit.*, 4.

<sup>108</sup> Cfr., ad es., Council of Europe and European Union, *Guidelines for the management of seized assets*, 2023; Interpol, *Guidelines for the Seizure and Sale of Virtual Assets*; Cybercrime Programme Office of the Council of Europe, *Guide on seizing cryptocurrencies*, 2021; Financial Action Task Force of Latin America, *Guide on Relevant Aspects and Appropriate Steps for the Investigation, Identification, Seizure, and Confiscation of Virtual Assets*, 2021; iPROCEEDS-2, *Guide on seizing cryptocurrencies*, 2021.

<sup>109</sup> Così si esprime, testualmente, il *report* del Fondo Monetario Internazionale, redatto da N. Schwarz (e altri), *Virtual Assets and Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (1): Some Legal and Practical Considerations*, in *FinTech Notes* No 2021/002.

<sup>110</sup> Considerando n. 12 e art. 3, co.1, par. 1, n. 2.

<sup>111</sup> In Italia, tali uffici già sono istituiti presso il Servizio per la Cooperazione Internazionale di Polizia,

tuttavia, messo in rilievo che la Direttiva in questione presenta ancora il vistoso limite di non contemplare una procedura ablatoria *ad hoc* per le cripto-attività, andando, dunque, estese alle stesse le fattispecie generali ivi regolate<sup>112</sup>. Dal che ne consegue come gli Stati membri godano ancora di grande discrezionalità nel valutare come adattare le proprie forme di sequestro e confisca al contesto in esame.

Ciò nondimeno, va osservato che diversi ordinamenti non sono comunque rimasti inerti, ma hanno già adottato linee guida specifiche, se non veri e propri *corpus* normativi organici sul punto.

Dalla prima prospettiva, possono menzionarsi, a mero titolo esemplificativo, le *guidelines* elaborate dal *Ministerio Público Fiscal de la Nación* in Spagna<sup>113</sup> e dalla Procura generale slovena<sup>114</sup>, nelle quali sono stati cristallizzati una serie di principi e di buone prassi da seguire nel corso delle procedure ablativo aventi ad oggetto valute virtuali<sup>115</sup>. Pur trattandosi di atti non aventi carattere vincolante (*soft law*), essi presentano indubbiamente il pregio di individuare *standard* uniformi applicabili su tutto il territorio nazionale.

Sul secondo versante, merita menzionare, in particolare, la ricca regolamentazione implementata in materia dal Regno Unito. Ci si riferisce alla Sezione 180-Allegato 9 dell'*Economic Crime and Corporate Transparency Act 2023*<sup>116</sup>, la quale ha introdotto disposizioni *ad hoc* all'interno del *Proceeds of Crime Act 2002 (POCA)*, con l'intento di disciplinare analiticamente «*searches, seizure and detention of cryptoassets*»<sup>117</sup>. Si tratta di un provvedimento al quale occorre guardare con vivo interesse, atteso che rappresenta uno dei primi tentativi su scala globale di fornire un quadro normativo organico di tale complessa materia.

Il primo dato da prendere in considerazione è che la riforma in esame è intervenuta, tanto sulle misure ablatorie di matrice strettamente penalistica, regolate dalle parti 2, 3 e 4 del *POCA*, quanto sulle azioni ablatorie di matrice civilistica (o azioni *in rem*), regolate nella parte 5 del *POCA*, che non richiedono una condanna del prevenuto, attraverso cui in tale ordinamento è possibile ordinare l'immediato spossessamento di beni che si ritiene siano stati ottenuti attraverso una condotta illecita (o destinati a un tale scopo).

Sul piano penalistico, le modifiche principali apportate sono sostanzialmente tre.

In primo luogo, è stato rimosso il requisito che una persona sia stata arrestata prima di poter utilizzare i poteri di sequestro. Questa modifica si applica a tutti i beni, ma è stata ritenuta particolarmente utile nel contesto dei *crypto-asset*.

In secondo luogo, in conformità alle più avanzate *guidelines* sviluppatesi a livello sovranazionale, sono state introdotte disposizioni atte a modificare i poteri di perquisizione, sequestro e custodia, in modo tale da rendere esplicitamente chiaro il potere della autorità di

---

strutturalmente incardinato presso il Ministero dell'Interno.

<sup>112</sup> In questo senso, v. anche A. Del Giudice, *op. cit.*, 1022.

<sup>113</sup> Cfr. Ministerio Público Fiscal de la Nación, *Guía práctica para la identificación, trazabilidad e incautación de cryptoactivos. Consideraciones teórico-prácticas sobre activos virtuales basados en la tecnología de cadena de bloques y su investigación penal*, 2023.

<sup>114</sup> V. State Prosecutor General of the Republic of Slovenia, *Ktrzb-9/11/2019/AF-nf*.

<sup>115</sup> Cfr., ad esempio, Indiana State Police, *Seizure of Cryptocurrency and Virtual Currencies*, 2018; CyberSecurity Malaysia, *Policy and procedure for seizing cryptocurrencies*; Regional Organized Crime Information Center, *Bitcoin and Cryptocurrencies: Law Enforcement Investigative Guide*.

<sup>116</sup> Il testo del provvedimento è reperibile al seguente link: <https://bills.parliament.uk/bills/3339>.

<sup>117</sup> L'espressione *cryptoasset* è definita come «*a cryptographically secured digital representation of value or contractual rights that uses a form of distributed ledger technology and can be transferred, stored or traded electronically*».

*law enforcement* di “ricreare” portafogli di criptovalute e trasferire i beni in un portafoglio controllato dalle forze dell’ordine (c.d. *Government-controlled wallet*).

In terzo luogo, si è attribuito alle *Magistrates’ Court* (come autorità responsabili per l’esecuzione degli ordini di confisca) il potere di autorizzare la vendita di qualsiasi *crypto-asset*, nello stesso modo in cui esse potevano già farlo con i contanti, oppure i fondi detenuti in conti bancari.

Con riguardo alle *civil forfeiture*, è stato introdotto un intero sottoinsieme di poteri ablatori specifici, finalizzati a consentire all’autorità di recuperare le cripto-attività di sospetta origine illecita il più rapidamente possibile. Per quanto qui rileva, l’*Economic Crime and Corporate Transparency Act 2023*, si compone di quattro capitoli, idealmente rappresentativi dei diversi momenti che caratterizzano il complesso *iter* ablativo.

Il primo (3C) è dedicato alla fase del «*seizure and detention of cryptoassets*». Si stabilisce, al riguardo, che un *enforcement officer* può ricercare un qualunque oggetto collegato alle criptovalute – denominato «*cryptoasset-related item*»<sup>118</sup> – a condizione che vi siano «*reasonable grounds*» per sospettare che in un determinato luogo si trovino uno o più beni connessi ad attività illecite. Una volta rinvenute eventuali cripto-attività, l’autorità è legittimata a sequestrarle, laddove vi siano ragionevoli motivi per ritenere che tali *asset* siano di provenienza delittuosa o siano a ciò destinati. Più in particolare, il provvedimento stabilisce, anche in questo caso, che venga operato un trasferimento delle criptomonete «*into a crypto wallet controlled by the enforcement officer*», al fine di garantire l’effettivo spossessamento della *res*.

Il Capitolo 3D della legge attribuisce poi poteri ulteriori agli ufficiali di polizia, legittimandoli a richiedere un ordine di congelamento («*crypto wallet freezing order*») delle criptovalute detenute in portafogli crittografici gestiti da un «*UK-connected cryptoasset service provider*»<sup>119</sup>, laddove vi siano ragionevoli motivi per sospettare che ivi siano presenti beni destinati all’uso in condotte illecite<sup>120</sup>.

Una volta concluso l’*iter* di spossessamento, il Capitolo 3E, intitolato «*forfeiture of cryptoassets following detention or freezing order*», consente all’autorità giudiziaria di ordinare la confisca civilistica di alcuni o di tutti i *crypto-asset* detenuti in conformità a un ordine di sequestro (Capitolo 3C) o di congelamento (Capitolo 3D).

L’ultimo passaggio della procedura è disciplinato dal Capitolo 3F, il quale regola la delicata questione relativa alla conversione dei *crypto-assets*. Attesa l’estrema volatilità di tali beni, si stabilisce che l’*enforcement officer* o la persona a cui sono stati sequestrati i cripto-valori possano richiedere al giudice competente di emettere un’ordinanza che imponga la loro conversione in valuta FIAT. A fronte della richiesta, è prevista l’instaurazione di una fase in contraddittorio, che coinvolge tutti i soggetti interessati, all’esito della quale il magistrato adotterà la propria decisione basandosi sulla probabilità che i beni (nel loro complesso) possano

<sup>118</sup> A tali fini, la locuzione «*cryptoasset-related item*» è intesa in senso ampio, ossia come qualsiasi bene che contiene o può dare accesso a informazioni potenzialmente utili per un eventuale sequestro. Si pensi, ad esempio, a pezzi di carta in cui sono state scritte le *password* per accedere al *wallet*, a varie tipologie di *hardware memory sticks* utilizzate per memorizzare una chiave privata o, ancora, a *smartphone* contenenti applicazioni che forniscono all’utente il controllo su un portafoglio di criptovalute.

<sup>119</sup> La disposizione prevede che all’interno di tale categoria debbano essere incluse tutte quelle entità che: a) hanno una sede legale nel Regno Unito e le loro attività quotidiane sono svolte da tale ufficio o da un’altra sede nel Regno Unito; b) hanno termini e condizioni con le persone a cui forniscono servizi che prevedono che una controversia legale possa essere dibattuta nei tribunali del Regno Unito; c) conservano nel Regno Unito i dati relativi alle persone a cui forniscono servizi.

<sup>120</sup> Merita di essere sottolineato che la legge non individua una soglia minima per gli ordini di congelamento del portafoglio crittografico.

subire una significativa perdita di valore durante il periodo che precede il rilascio o la confisca<sup>121</sup>.

7. Purtroppo, va rilevato che il panorama italiano risulta molto diverso rispetto a quello appena descritto. Anche a questo proposito il legislatore interno ha, infatti, manifestato un atteggiamento di completa apatia. Né all'interno del codice di rito, né in alcuna legge speciale, è dato rinvenire una disciplina specifica in punto di misure ablatorie che interessino le cripto-attività. Si tratta di una situazione che merita di essere stigmatizzata, specie in ragione del fatto che la procedura volta al sequestro di questa categoria di beni è caratterizzata, come già anticipato, da molteplici rischi, attesa la loro natura immateriale e volatile.

Dal punto di vista teorico, vi è, anzitutto, la necessità di distinguere a seconda della tipologia di *wallet* che si voglia apprendere<sup>122</sup>.

Si consideri, in primo luogo, il caso di un *custodian wallet*, con riguardo al quale è necessario effettuare una richiesta di sequestro a un *service provider* per chiedere e ottenere il congelamento di somme di cripto-attività già individuate. Da questa prospettiva, invero, i tempi, spesso tutt'altro che brevi, necessari per ottenere una risposta a un ordine rivolto a un prestatore di servizio di cripto-attività, specie se collocato all'estero, rischiano di risultare incompatibili con l'estrema rapidità necessaria per sequestrare i beni in esame.

Nell'ipotesi di un portafoglio gestito in autonomia dall'utente (c.d. *self-hosted*) invece, le operazioni sono più complesse. Laddove, la chiave privata sia rappresentata su un bene fisico (si pensi, ad esempio, a un foglio di carta o a un diario), è necessario anzitutto riconoscerla e, in secondo luogo, sequestrarla. Per contro, nel caso in cui essa sia conservata all'interno di un *device* digitale, la sua apprensione presuppone la conoscenza del *pin* di sblocco del dispositivo. Ciò, tuttavia, il più delle volte impone di ottenere la collaborazione dell'indagato (o di un terzo possessore del *device*), atteso che l'eventuale forzatura del dispositivo da parte delle forze dell'ordine – nel tentativo di indovinare la *password* – potrebbe cagionare la perdita definitiva di tutti i dati ivi contenuti<sup>123</sup>. Si pone, da questa prospettiva, il tema, più ampio, della rilevanza assunta dal diritto al silenzio e dal diritto contro l'autoincriminazione, a fronte di una richiesta di consegna della *password* da parte dell'autorità inquirente. A differenza della scelta compiuta in altri ordinamenti, tra cui proprio il Regno Unito, che si sono spinti così in là da concepire finanche degli obblighi penalmente sanzionati per coloro che non forniscano all'autorità informazioni utili a sbloccare il dispositivo<sup>124</sup>, il legislatore italiano si è finora del tutto disinteressato della questione, omettendo di fornire qualsivoglia indicazione, anche solo di matrice processuale, al riguardo<sup>125</sup>. Il che, peraltro, non stupisce data la criticabile lacuna che ancora oggi affligge il sistema processuale penale nostrano con riguardo alla più generale

<sup>121</sup> Occorre ricordare come la disciplina in questione sia ispirata dal principio generale per cui la conversione delle valute deve avvenire «*in the manner best calculated to maximise the amount of money obtained for the cryptoassets*».

<sup>122</sup> Per approfondimenti, v. P. Dal Checco, *op. cit.*, 336-340.

<sup>123</sup> Si parla della cd. funzionalità *wipe*. Nel caso di *Ledger*, ad esempio, il sistema si resetta dopo tre tentativi falliti di inserimento del *pin*.

<sup>124</sup> Nella circolare 004/2024: *Economic Crime and Corporate Transparency Act – cryptoasset confiscation order provisions*, 26.4.2024, attuativa della riforma del 2023, si precisa, infatti, che «*appropriate officers have the power to require a person to provide information which is stored in electronic form*», e che «*if a person fails to comply with a requirement, then they may have committed an obstruction offence*». Va, a ogni modo, precisato che, in virtù della nozione ampia del diritto al silenzio e di non collaborare sviluppata dalla Consulta (cfr., da ultimo, C. cost., 5.6.2023, n. 111), nel nostro ordinamento disposizioni di questo tenore si esporrebbero a inevitabili censure di legittimità costituzionale, per violazione del diritto di difesa.

<sup>125</sup> Cfr., sul punto, A. Mangiaracina, *Nuove fisionomie del diritto al silenzio. Un'occasione per riflettere sui vuoti domestici... e non solo*, in *PPG* 2021, 729 ss.

tematica del sequestro dei *device* digitali<sup>126</sup>; lacuna che, come è facile intuire, è foriera di significativi problemi pratici nel contesto in esame, proprio per l'importanza che gli applicativi informatici rivestono nel settore *de quo*.

Un'ulteriore tematica sulla quale occorre interrogarsi riguarda la possibilità di impiegare il captatore informatico quale mezzo di ricerca della prova occulto, al fine apprendere il *pin* di un dispositivo contenente la chiave privata di accesso al *wallet*, o finanche indirettamente quest'ultima. Mediante l'impiego della funzionalità cd. *keylogger*, il *malware* – controllato in remoto dalle forze dell'ordine – consente, invero, teoricamente di acquisire in tempo reale tutto ciò che viene digitato sulla tastiera di un *device*<sup>127</sup> e, dunque pure una *password*. Tuttavia, come noto, il legislatore italiano ha disciplinato l'utilizzo del *trojan horse* solamente come peculiare modalità di intercettazione<sup>128</sup>. Non è stato regolamentato, invece, un impiego diverso, come il caso della modalità *online surveillance*, *online search* o, per l'appunto, della *keylogger function*. A fronte di ciò, occorre chiedersi se il semplice gesto di digitare una parola sul proprio *smartphone* o *computer* integri un vero e proprio comportamento comunicativo. In caso di risposta positiva, si potrebbe sostenere che il *pin* del dispositivo o finanche la chiave privata di un *wallet* ben potrebbero essere oggetto di intercettazione mediante *trojan* ai sensi dell'art. 266-bis Cpp. Diversamente, l'utilizzo del *virus*, provocando un'ingerenza nel domicilio informatico tutelato all'art. 14 Cost.<sup>129</sup>, dovrebbe ritenersi precluso, in base al principio per cui nel corso delle indagini penali tutto ciò che non è espressamente consentito dalla legge deve ritenersi vietato, perlomeno qualora il mezzo di ricerca della prova incida sui diritti fondamentali della persona<sup>130</sup>.

Il tema è complesso, poiché la nozione di comunicazione, specialmente nell'era digitale, è assai controversa. Al riguardo, la giurisprudenza di legittimità, pur non avendo ancora assunto una posizione esplicita su questo specifico profilo, sembra offrire argomentazioni a favore della prima prospettazione or ora richiamata. In una recente pronuncia, infatti, la Corte di cassazione ha affermato che il comportamento consistente nella redazione di un *file Excel* sul proprio *computer*, «pur non costituendo una “comunicazione” in senso stretto, costituisce certamente, invece, un comportamento cd. comunicativo, del quale è ammessa la captazione [mediante *trojan*]]<sup>131</sup>. La conclusione è stata giustificata in ragione del fatto che la semplice composizione di una parola sulla tastiera di un *electronic device* dovrebbe qualificarsi come un flusso unidirezionale di dati che transitano all'interno di un unico dispositivo. In altre parole, i giudici di legittimità sembrano identificare una condotta comunicativa nel “dialogo” che verrebbe a instaurarsi tra l'utente (*rectius*, la tastiera del *computer*) e il sistema informatico centralizzato (il *software*). Se si seguisse questa interpretazione – con riguardo alla quale, però, la dottrina ha giustamente manifestato numerose perplessità<sup>132</sup> – dovrebbe ritenersi ammissibile

<sup>126</sup> Si veda, al riguardo, il recente d.d.l. S 19.7.2023 n. 806 recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di sequestro di dispositivi, sistemi informatici o telematici o memorie digitali», volto a introdurre nel codice di rito un nuovo art. 254-ter.

<sup>127</sup> Cfr. M. Griffo, *Il captatore informatico e la filosofia del doppio binario*, Napoli 2019, 200 ss.; W. Nocerino, *Il captatore informatico nelle indagini interne e transfrontaliere*, Milano 2021, 182.

<sup>128</sup> Si vedano, in proposito, M. Miraglia, *Il “Trojan (non) di Stato”: una disciplina da completare*, in *PPG* 2023, 1227 ss. e W. Nocerino, *op. cit.*, 141 ss., a cui si rinvia anche per i cospicui riferimenti dottrinali e giurisprudenziali citati.

<sup>129</sup> Sull'esigenza di estendere la copertura dell'art. 14 Cost. anche al “domicilio informatico”, v., da ultimo, le condivisibili considerazioni di M. Miraglia, *op. cit.*, 1227 ss.

<sup>130</sup> In questi termini, v. O. Mazza, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *DPenCont. – Riv. Trim.* 2013, 4 ss.

<sup>131</sup> Cfr. Cass. 1.2.2021 n. 3591, in *OneLegale*.

<sup>132</sup> Si vedano, al riguardo, le osservazioni critiche mosse da L. Algeri, *Lo screenshot eseguito (senza garanzie?) dal Trojan di Stato*, in *GI* 2022, 2780 ss.; A. Malacarne, *Il trojan horse “a cavallo” tra perquisizione ed*

l'apprensione attraverso l'impiego del *malware* della chiave di accesso digitata sulla tastiera del *device* in uso al titolare del *wallet*.

Ma non è tutto. Ulteriori problemi si manifestano pure quando l'autorità inquirente sia riuscita a ottenere la chiave privata. L'indagato – o un suo complice – potrebbe aver copiato e archiviato (in formato digitale o cartaceo) la *password*, ovvero comunque averne la disponibilità da remoto, potendo così accedere al *wallet* e trasferire le criptovalute ivi presente altrove<sup>133</sup>. Inoltre, l'utilizzo del cd. *backup recovery seed*<sup>134</sup>, consentendo di recuperare in ogni momento il controllo delle somme legate a un *wallet*, a sua volta potrebbe permettere di eludere il vincolo reale imposto sul bene<sup>135</sup>. Quel che si vuole dire, è, in altre parole, che neppure l'ottenimento da parte degli investigatori della chiave di accesso garantisce l'ablazione definitiva della *res* e, dunque, non è sufficiente per eseguire un sequestro "a regola d'arte"<sup>136</sup>.

La migliore soluzione al problema appena esposto è quella di trasferire i fondi su un altro *wallet*, controllato direttamente dallo Stato. Si tratta, in effetti, della procedura prospettata nelle principali linee guida adottate in numerosi ordinamenti e dai più autorevoli organismi a livello internazionale<sup>137</sup>, nonché, come si è accennato in precedenza, adottata dal legislatore britannico nell'*Economic Crime and Corporate Transparency Act 2023*. Epperò, anche in questo caso in Italia non è rintracciabile alcuna fonte di rango primario (e neppure secondario) che disciplini in maniera dettagliata l'*iter* procedimentale da seguire in dette circostanze. Di conseguenza, la scelta circa le modalità operative del sequestro è rimessa alla prassi, che si sta effettivamente sviluppando in modi affatto uniformi a seconda della singola autorità di contrasto chiamata ad operare, con buona pace del principio di legalità processuale (art. 111, comma 1, Cost.)<sup>138</sup>.

Ma anche laddove l'autorità inquirente riuscisse a eseguire lo spossessamento della *res*, l'estrema fluttuazione del valore delle criptomonete rende elevato il rischio di un loro improvviso deprezzamento. Il che risulta un problema di non poco conto, laddove vada eseguito un sequestro di tipo preventivo e conservativo<sup>139</sup>. Senza contare che si potrebbero porre spinose questioni in proposito in tutti i casi in cui la legge impone la restituzione del bene oggetto di sequestro<sup>140</sup>.

Per far fronte alla volatilità delle criptomonete, le buone prassi di molti Stati europei consigliano, dopo aver trasferito, come detto, le monete virtuali in un *wallet* intestato alla

---

*intercettazione: il problema del cd. screenshot di file multimediali*, in *Dir. di internet* 2022, 592 ss.; A. Procaccino, *Piccoli equivoci senza importanza: tra intercettazioni di flussi informatici, perquisizioni e prove atipiche*, in *CP* 2022, 3112 ss.

<sup>133</sup> Cfr. F. Cajani, *op. cit.*, 742, nt. 45; G. Costabile, *op. cit.*, 127.

<sup>134</sup> Si tratta di una sequenza di parole di *backup*, che serve all'utente per ripristinare l'accesso a un portafoglio.

<sup>135</sup> Cfr. D. King, P. Warrack, *Real considerations for law enforcement in seizing virtual currency*, 26.6.2016, all'indirizzo <https://www.acamstoday.org/real-considerations-for-law-enforcement-in-seizing-virtual-currency/>.

<sup>136</sup> V., al riguardo, P. Dal Checco, *op. cit.*, 329.

<sup>137</sup> Cfr. *supra* nt. 108.

<sup>138</sup> Un problema delicato è, ad esempio, come garantire la sicurezza delle cripto-attività apprese anche da eventuali attacchi di agenti infedeli (problema che si è posto negli USA già nel caso *Silk Road*). Onde risolvere tale questione, alcune forze di polizia hanno sviluppato la buona prassi non solo di videoregistrare le operazioni, ma anche di utilizzare *wallet* a firma multipla per poter spostare le cripto-attività, così da richiedere l'intervento di più soggetti contemporaneamente.

<sup>139</sup> ...atteso che, in detti casi, ciò che interessa è il "valore" equivalente del bene (*rectius*, la moneta virtuale) oggetto di apprensione. Nell'ipotesi del sequestro *ex artt.* 253 ss. Cpp, invece, non sembrano profilarsi problemi di sorta, fino all'eventuale fase della confisca, atteso che tale mezzo di ricerca della prova è finalizzato a vincolare non il "valore" della cosa, ma la cosa in sé: cfr. R. Lupo, *op. cit.*, 52.

<sup>140</sup> Al riguardo, infatti, occorre stabilire, ad esempio, quale sia il valore oggetto di restituzione, ossia quello originario ovvero quello corrente, nonché individuare il soggetto chiamato eventualmente a rispondere per il deprezzamento subito dal bene.

procura o al tribunale, di convertirle in moneta FIAT, attraverso la vendita delle stesse nel mercato<sup>141</sup>. Questa procedura presenta un triplice vantaggio: *i*) risolve alla radice il problema di un deprezzamento del suo valore nel caso in cui debba poi essere restituita; *ii*) evita il rischio che i *wallet* impiegati per custodire le criptomonete nel corso del procedimento siano oggetto di attacchi *cyber*, con conseguente perdita del denaro virtuale<sup>142</sup>; *iii*) consente, una volta operata la conversione, di intestare la moneta FIAT al Fondo Unico Giustizia<sup>143</sup>.

Tuttavia, in assenza di una normativa *ad hoc*, è necessario chiedersi, *de iure condendo*, quale procedura debba essere seguita per la vendita e la conversione delle criptomonete.

Duplici sono, allo stato dell'arte, le opzioni astrattamente percorribili.

Si potrebbe, per un verso, ritenere applicabile l'art. 104-*bis* disp. att. Cpp, il quale, come noto, stabilisce che nel caso in cui il sequestro preventivo<sup>144</sup> o la confisca abbiano a oggetto «beni» esclusi da quelli destinati a confluire nel Fondo Unico Giustizia, di cui è necessario assicurare l'amministrazione, l'autorità giudiziaria debba nominare un custode giudiziario o un amministratore, a cui affidare il compito della conversione, specie in caso di repentine fluttuazioni del mercato. Muovendosi in queste coordinate, sarebbe possibile ipotizzare di affidare a un terzo il potere di convertire, su richiesta, la moneta virtuale in valuta avente corso legale, nel caso in cui venisse ravvisato il pericolo di un imminente e brusco deprezzamento del bene.

Un'altra soluzione prospettabile è quella di applicare, in via analogica, la regolamentazione prevista all'art. 260, comma 3, Cpp relativa ai beni deperibili<sup>145</sup>. La disposizione prevede che, qualora le cose oggetto di sequestro<sup>146</sup> possano alterarsi – cioè, siano soggette a modificazione sostanziale o strutturale –, l'autorità giudiziaria debba disporre l'alienazione o la distruzione<sup>147</sup>. A tal proposito, non v'è dubbio che le cripto-attività, pur non rappresentando, secondo alcuni, delle vere e proprie monete<sup>148</sup>, debbano essere classificate come “beni”, potendo dunque essere ricomprese nella sfera applicativa della disposizione. Così come non sembra potersi discutere la loro natura altamente volatile. Per di più, giova osservare come la giurisprudenza di legittimità abbia affermato che il concetto di deterioramento cui si riferisce la disposizione debba essere interpretato in senso ampio ed estensivo, potendo ricomprendere sia il caso di un deterioramento fisico del bene, sia un deprezzamento<sup>149</sup>.

<sup>141</sup> P. Dal Checco, *op. cit.*, 344; F. Cajani, *op. cit.*, 743.

<sup>142</sup> Cfr. E. Valente, M. Torre, *La regolamentazione delle “criptovalute”: condotte illecite e strategie di contrasto*, in *Riv. di diritto privato* 2019, 571; G. Costabile, *op. cit.*, 128.

<sup>143</sup> Si tratta di un profilo operativo di importanza chiave, dal momento che, a oggi, le cripto-attività non possono, in quanto tali, essere intestate al FUG.

<sup>144</sup> La norma si riferisce esplicitamente solo al sequestro preventivo, ma è pacifico che il suo raggio di applicazione possa estendersi anche al sequestro probatorio: in questi termini, v. pure F. Cajani, *op. cit.*, 743, nt. 50.

<sup>145</sup> Cfr. R. Lupo, *op. cit.*, 53.

<sup>146</sup> Benché la disposizione richiami solamente il sequestro probatorio, la giurisprudenza ne ha esteso l'ambito di operatività pure al sequestro preventivo: Cass. 12.9.2018 n. 53341, in *OneLegale*.

<sup>147</sup> Al riguardo, la Cassazione ha stabilito che «la decisione dell'autorità giudiziaria di distruggere la cosa non ha natura di accertamento tecnico non ripetibile, suscettibile di applicazione delle modalità previste dall'art. 360». Si tratterebbe – secondo questa impostazione –, di «un “semplice adempimento esecutivo”, da realizzare senza particolari formalità. Ne discende, pertanto, che l'omissione dell'avviso al difensore non è in alcun modo sanzionabile, posto che l'art. 83 disp. att. lo prevede soltanto con riferimento ai prelievi di campioni»: Cass. 19.11.2019 n. 2202, in *OneLegale*.

<sup>148</sup> V., al riguardo, P. Carrière, *Le “criptovalute” sotto la luce delle nostrane categorie giuridiche di “strumenti finanziari”, “valori mobiliari” e “prodotti finanziari”; tra tradizione e innovazione*, in *Riv. di diritto bancario* 2019, 117 ss.; M. Semeraro, *Moneta legale, moneta virtuale e rilevanza dei conflitti*, *ivi* 2019, 237 ss.

<sup>149</sup> Cass. 9.12.2016 n. 1916, in *OneLegale*.



Entrambe le esegesi qui proposte, tuttavia, rappresentano una soluzione di compromesso, lasciando aperte diverse questioni di ordine pratico<sup>150</sup>.

A fronte di un fenomeno così dirompente, le vigenti disposizioni codicistiche, quali quelle in tema di sequestro, si rivelano, in definitiva, del tutto inadeguate, richiedendo plurimi adattamenti su profili di rilievo cruciale. Il che, peraltro, non può stupire dal momento che esse sono state concepite per un contesto del tutto diverso rispetto all'ambiente iper-dinamico, nel quale vengono oggi scambiati gli *asset* virtuali.

8. A fronte di quanto osservato nel corso del presente lavoro, ci si sarà resi ben conto di come il tema del rapporto tra criminalità, giustizia penale e criptovalute debba, necessariamente, rappresentare una tematica prioritaria per il legislatore italiano. Si tratta, infatti, di tecnologie che sono quotidianamente sfruttate dalle organizzazioni criminali per i loro traffici, causando problemi finanche di sicurezza nazionale.

Sul versante processual-penalistico, si è cercato di mettere in luce come le indagini che vedono coinvolte cripto-attività assumano spesso una natura molto articolata. Non solo esse hanno perlopiù matrice transnazionale, ma richiedono pure l'impiego incrociato di plurimi strumenti di investigazione, tradizionali e altamente tecnologici. Con ciò si vuole dire che, per contrastare in modo efficace tutte le forme di criminalità che sfruttano il potenziale della *blockchain*, è indispensabile avere a disposizione un ecosistema normativo capace di affrontare le grandi sfide poste dalla criminalità contemporanea. Esso deve, infatti, permettere alle autorità di *law enforcement* di seguire in tempo reale e in tutto il globo i flussi di denaro criptati e, se del caso, di sequestrarli, in brevissimo tempo.

Senonché, va preso atto che il nostro codice di procedura penale non risulta – a oggi – assolutamente all'altezza di questo presupposto di fondo. Da un lato, gli strumenti di indagine più tradizionali (quali, *in primis*, il sequestro probatorio) si rivelano inadeguati, non essendo calibrati sulla nuova realtà virtuale nella quale operano i “criminali 2.0”. Dall'altro, il nostro codice, nonostante le critiche costantemente sollevate dalla dottrina<sup>151</sup>, continua a non regolare affatto numerosi mezzi investigativi di stampo tecnologico (basti pensare, oltre ai già menzionati *software* di *blockchain forensic*, all'OSINT e al sequestro di *device*, al pedinamento GPS e alle videoriprese investigative), con tutto ciò che ne consegue in termini di perdita di efficacia del sistema repressivo, così come di problemi di tutela dei diritti fondamentali. Al riguardo, i modelli cui ispirarsi – si pensi, ad esempio, alla grande riforma compiuta in Spagna nel 2015<sup>152</sup> o, con specifico riguardo alle “*crypto*-indagini”, al sistema recentemente

<sup>150</sup> La legge, ad esempio, non individua il momento in cui andrebbe operata la conversione, né a quali *exchanges* dovrebbe rivolgersi l'autorità giudiziaria, né, ancora, quali e quante commissioni andrebbero pagate.

<sup>151</sup> In generale, sulla necessità di un intervento legislativo volto a regolamentare queste nuove strumentazioni investigative, v., pur con differenti prospettive di riforma, M. Gialuz, *Premessa*, in *Le nuove intercettazioni. Legge 28 febbraio 2020 n. 7*, in *Dir. di internet* 2020, Supplemento al n. 3, 7; S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *CP* 2015, 789 ss.; F. Nicolichia, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Milano 2020; e, volendo, J. Della Torre, A. Malacarne, *L'utilizzo dei file di log per scopi di contrasto alla criminalità: nodi problematici e possibili soluzioni*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 22.12.2023.

<sup>152</sup> Il sistema processuale spagnolo è senz'altro all'avanguardia sul versante della regolamentazione dei moderni strumenti intrusivi impiegati nella fase delle indagini preliminari. Il riferimento corre alla *Ley Organica* 5 ottobre 2015, n. 13, con la quale il legislatore ha modificato la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* con il dichiarato obiettivo di disciplinare «*las medidas de investigación tecnológica*» e, contestualmente, rafforzare «*las garantías procesales*» dei soggetti coinvolti nell'accertamento. Per una panoramica sui contenuti della legge, v. F. Bueno De Mata, *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial. Principios teóricos y problemas prácticos*, Cizur Menor 2019.

implementato nel Regno Unito – sono ormai numerosi. Ciò che occorre, allora, è solo la buona volontà di seguirli.

Tuttavia, dobbiamo essere consapevoli del fatto che pure una riforma normativa sul fronte interno non potrebbe, di per sé, bastare.

Ulteriori sono i versanti sui quali è necessario intervenire.

Per un verso, è indispensabile sviluppare in questo settore un articolato piano di formazione continua e omogenea delle varie forze dell'ordine, così come della magistratura e dell'avvocatura<sup>153</sup>. E ciò dal momento che, come si è avuto modo di dimostrare, le indagini in esame richiedono una notevole dose di specializzazione da parte di tutti gli attori coinvolti e, in particolare, di coloro che sono chiamati a intervenire nelle prime battute dell'indagine.

A livello di autorità di *law enforcement*, un valido modello da seguire è, ad esempio, quello sperimentato negli ultimi anni dall'Arma dei Carabinieri. A partire dal 2021, tale forza dell'ordine ha, infatti, per un verso, formato gruppi di agenti e ufficiali di polizia giudiziaria, dislocati nelle diverse parti del territorio nazionale, e, per un altro, creato una sezione specializzata nel settore, con sede a Roma, chiamata a occuparsi solo di queste fattispecie di reato, risolvendo i casi più complessi<sup>154</sup>. Questo modello “binario” pare vincente, perché capace di coniugare la diffusione di una conoscenza minima delle problematiche del settore agli operatori dislocati a livello locale, con la creazione di un corpo d'*élite*, in grado di fornire risposte proporzionate rispetto alle singole minacce in gioco.

Per altro verso, è essenziale potenziare anche i meccanismi di cooperazione internazionale<sup>155</sup>. L'esperienza maturata sul campo, infatti, insegna che le attività di contrasto rivelatesi maggiormente efficaci sono state quelle caratterizzate dall'operare congiunto di numerose forze appartenenti a diversi Stati membri<sup>156</sup>.

Al riguardo, un *focus* specifico dovrebbe essere dedicato agli attuali sistemi di scambio informativo di polizia a livello europeo (quali, ad esempio, SIRENE<sup>157</sup>), i quali dovrebbero essere aggiornati in modo tale da consentire un'interazione più celere ed efficace nell'ambito delle operazioni investigative digitali comuni.

---

<sup>153</sup> Insistono giustamente sul punto, sin dall'inizio del loro *report*, N. També, A. Owen e M. Nizzero, *Crypto-Asset Recovery Challenges, Observed Practices and Strategies*, Londra 2024, 1. V. anche le articolate raccomandazioni di Europol e del *Basel Institute on Governance, A race against time: Europol – Basel Institute on Governance recommendations on preventing and combating the criminal use of cryptocurrencies*, reperibili in <https://baselgovernance.org/publications/race-against-time-europol-basel-institute-governance-recommendations-preventing-and>.

<sup>154</sup> Trattasi della “Sezione Criptovalute del Comando Carabinieri Antifalsificazione Monetaria” che, come è dato leggere nel sito dell'Arma, è stata istituita il 4 ottobre 2021 «con il compito di contrastare le emergenti dinamiche criminali legate all'utilizzo illecito delle criptovalute e l'uso di piattaforme informatiche illegali per la vendita di valuta ed altri prodotti contraffatti di specifica competenza del Comando» (<https://www.carabinieri.it/chisiamo/oggi/organizzazione/mobile-e-speciale/comando-carabinieri-antifalsificazione-monetaria#:~:text=Il%204%20ottobre%202021%20%C3%A8,di%20valuta%20ed%20altri%20prodotti>).

<sup>155</sup> È questo, del resto, l'auspicio manifestato dagli stessi appartenenti alle forze dell'ordine che quotidianamente sono impegnati nell'attività di contrasto a questo tipo di criminalità: v. V. Giordano, *L'attività della Guardia di Finanza nell'ambito del sistema antiriciclaggio ed il contrasto all'utilizzo dei cryptoassets per finalità illecite*, in *Rivista della Guardia di Finanza* 2022, 512.

<sup>156</sup> Si veda, ad es., l'operazione realizzata da Europol, in collaborazione con l'*European Financial and Economic Crime Centre* (EFCEC), che ha portato al sequestro e alla confisca di ingenti somme in criptovalute di provenienza illecita (<https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/europol-holds-largest-ever-operation-to-increase-seizures-of-criminal-assets-worldwide>).

<sup>157</sup> Ciascun Paese che utilizza il Sistema di Informazione Schengen-SIS ha istituito un ufficio SIRENE nazionale, operativo 24 ore al giorno, 7 giorni alla settimana, responsabile dello scambio di informazioni e del coordinamento delle attività connesse alle segnalazioni SIS.

Inoltre, è auspicabile, da un lato, incrementare gli sforzi per lo sviluppo di *software* di *blockchain analysis* “europei”, creati *by design* in modo conforme all’*acquis* dell’Unione in materia di *privacy*, *data protection* e di intelligenza artificiale<sup>158</sup>, nonché, dall’altro lato, dettare regole sovranazionali più avanzate in tema di sequestro e confische di *crypto-asset*, che coprano sia i profili procedurali dell’ablazione di tali beni, sia quelli di gestione e di vendita dei medesimi<sup>159</sup>.

Come rilevato da Europol e dal Basel Institute on Governance ci troviamo, insomma, di fronte a una vera e propria “lotta contro il tempo”<sup>160</sup>. È, infatti, essenziale aprire al più presto un ambizioso cantiere di riforma, sia a livello italiano, sia europeo, dedicato al rapporto tra giustizia penale e tecnologie criptate. Solo così si potrà sperare di stare al passo delle organizzazioni criminali, evitando che si realizzi lo scenario preconizzato, sul finire del secolo scorso, dai manifesti *cypherpunk*, ovvero sia che uno spettro continui a infestare «*the modern world, the specter of crypto anarchy*»<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> Da questa prospettiva, sicuramente un primo passo è costituito dalla recente pubblicazione della *call* HORIZON-CL3-2024-FCT-01-08, *Tracing of cryptocurrencies transactions related to criminal purposes*, la quale si propone di finanziare lo sviluppo di *software* di tracciamento delle cripto-attività specifici per le esigenze dell’Unione europea.

<sup>159</sup> Da questa prospettiva, sarebbe auspicabile creare una rete europea di agenzie statali, dotate di una serie di compiti in tema di gestione e di vendita di cripto-attività, in modo tale da ridurre i rischi (finanche di fallimento) degli operatori privati coinvolti in tali attività e di limitare gli esborsi economici (dovuti, ad esempio, alle commissioni da pagare ai *provider*).

<sup>160</sup> Cfr. le raccomandazioni di Europol e del Basel Institute on Governance, *A race against time*, cit.

<sup>161</sup> *The Crypto Anarchist Manifesto*, cit.

## LIMITI, PARADOSSI E POTENZIALITÀ DELLA PROVA ALGORITMICA NELLA GIUSTIZIA PENALE

di Mattia Giangreco (*Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale, Università di Catania*)

Il ruolo della prova algoritmica nel sistema della giustizia penale non è ancora definito. Partendo dalle definizioni di prova scientifica e prova digitale, questo lavoro introduce la categoria delle prove algoritmiche, distinguendo quelle derivanti da sistemi di automazione e quelle generate attraverso l'intelligenza artificiale basata sul machine learning. Sulla premessa che solo i sistemi di automazione possano raggiungere gli standard di certezza e sicurezza richiesti dallo statuto delle prove, vengono analizzati i limiti all'uso dell'intelligenza artificiale in ambito penale, con particolare riferimento al Regolamento (UE) 2024/1689 (AI Act). Nella parte finale, vengono proposte soluzioni per garantire l'affidabilità e la credibilità della prova algoritmica, tra cui l'innovativa "machine testimony", che potrebbe in futuro consentire la formazione della prova algoritmica nel contraddittorio tra le parti.

The role of algorithmic evidence within the criminal justice system is not defined yet. Starting with the definitions of scientific and digital evidence, this study introduces the concept of algorithmic evidence, distinguishing between evidence derived from automation systems and evidence generated by artificial intelligence based on machine learning. Based on the premise that only automation systems can meet the required standards of certainty and security in the legal framework of evidence, the study analyses the limits on the use of artificial intelligence in criminal justice, with a particular focus on Regulation (EU) 2024/1689 (AI Act). In the conclusions, possible solutions to ensure the reliability and credibility of algorithmic evidence are proposed, including the innovative "machine testimony", which could enable the formation of algorithmic evidence in adversarial proceedings in the future.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il *genus* della prova scientifica e la *species* della prova digitale: gli antesignani della prova algoritmica. – 3. Nozione e polifunzionalità della prova algoritmica: tra automazione e intelligenza artificiale. – 4. Dai *Big data* agli *small data*: i problemi della giustizia predittiva. – 5. I sistemi di automazione e i problemi dell'autoapprendimento ai fini probatori. – 6. Conclusioni.

1. Nel 1935, Erwin Schrödinger presentò un esperimento mentale volto a evidenziare i risultati paradossali derivanti dall'applicazione del terzo principio di sovrapposizione degli stati, proprio della meccanica quantistica, a un sistema fisico macroscopico<sup>1</sup>. L'esperimento portava alla conclusione che, in determinate condizioni, un gatto ipoteticamente chiuso in una scatola potesse trovarsi contemporaneamente in vita e in morte, fino a quando un osservatore non aprisse la scatola per verificarne lo stato<sup>2</sup>. Tale esperimento intendeva illustrare il principio di indeterminatezza nella meccanica quantistica, sottolineando il ruolo centrale dell'osservazione nella definizione dello stato di un sistema fisico.

L'esperimento mentale di Schrödinger sembra offrire una metafora efficace per descrivere i problemi sorti sull'indeterminatezza della prova algoritmica<sup>3</sup>, ove con prova algoritmica deve

<sup>1</sup> E. Schrödinger, *Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik*, in *Naturwissenschaften* 1935, 807-812.

<sup>2</sup> Cfr. G. Moring, *The Complete Idiot's Guide to Theories of the Universe*, Londra 2001, 192-193.

<sup>3</sup> È il c.d. effetto *black box* su cui v. S. Arduini, *La "scatola nera" della decisione giudiziaria: tra giudizio umano e giudizio algoritmico*, in *BioLaw Journal* 2021, n. 2, 453.

intendersi la prova che accerta l'esistenza di un fatto attraverso informazioni contenute o elaborate da algoritmi per l'automazione<sup>4</sup> o da algoritmi di intelligenza artificiale<sup>5</sup>. L'algoritmo è, infatti, paragonabile al gatto che è invisibile all'osservatore esterno, perché la spiegazione del suo funzionamento dipende solo dalla possibilità di "aprire la scatola", cioè dall'osservazione del percorso logico che ha condotto dall'*input* umano all'*output* generato dalla macchina.

Consapevoli che la funzione delle prove è quella di *reddere rationem* nella motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, attraverso asserzioni «verificabili e falsificabili»<sup>6</sup>, ci si domanda se sia possibile riconoscere valenza probatoria alla prova algoritmica e se possa qualificarsi o meno come prova scientifica. Quest'ultima, infatti, rappresenta da tempo la più determinante tra i mezzi di prova ai fini decisionali, tanto da essere riuscita a spodestare la testimonianza dal trono della "prova regina"<sup>7</sup>.

Sul fronte delle informazioni contenute o elaborate in sistemi di automazione, inoltre, pur non essendo in dubbio la loro rilevanza probatoria, le recenti integrazioni di tali sistemi con algoritmi di intelligenza artificiale – e, in particolare, con meccanismi di autoapprendimento – sollevano dubbi su come queste informazioni possano rilevare in giudizio, senza perdere i connotati di autenticità e veridicità<sup>8</sup>.

L'impiego di algoritmi di intelligenza artificiale per assistere l'attività giurisdizionale, infine, pone problemi circa il rischio di incorporazione di *bias* cognitivi nella fase di apprendimento degli algoritmi predittivi, che potrebbe esitare in decisioni discriminatorie.

Su questi punti si cercherà di fare maggiore luce, partendo dalla nozione e collocazione normativa della prova digitale e della prova scientifica.

2. Quando venne approvato il codice di procedura penale, la prova scientifica rivestiva un ruolo marginale nella giustizia penale. Anche nella classificazione delle prove, dunque, il legislatore del 1988 si è preoccupato di distinguere i mezzi di prova dai mezzi di ricerca della prova, senza alcuna menzione della prova scientifica, salvo il riferimento alle «competenze tecniche, scientifiche o artistiche» per la disposizione della perizia (art. 220 Cpp).

---

<sup>4</sup> L'automazione è definita da Enciclopedia Treccani, (voce) *Automazione*, in *Vocabolario online* come «a) l'impiego di un insieme di mezzi e procedimenti tecnici che, agendo opportunamente su congegni o dispositivi, assicurano lo svolgimento automatico di un determinato processo, il funzionamento automatico di un impianto industriale, di un servizio pubblico ecc.; b) la tecnica stessa che studia, predispone e coordina tali procedimenti, e la concezione tecnico-scientifica da cui essa procede».

<sup>5</sup> Secondo F. Amigoni, V. Schiaffonati e M. Somalvico, (voce) *Intelligenza artificiale*, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica* 2008, l'intelligenza artificiale «ha una data di nascita ufficiale, il 1956, corrispondente con un seminario tenutosi presso il Dartmouth College di Hanover nel New Hampshire durante il quale la nuova disciplina venne fondata programmaticamente, a partire dalla raccolta dei contributi sviluppati negli anni precedenti e in direzione delle potenzialità future». Secondo M.A. Boden, *Artificial intelligence: a very short introduction*, Oxford 2018, 1, l'intelligenza artificiale è la tecnologia che «make computers do the sorts of things that [human] minds can do». Nello stesso senso v. I. Goodfellow, Y. Bengio e A. Courville, *Deep Learning*, Cambridge 2016, 9.

<sup>6</sup> Così L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo*, Bari 1989, 640.

<sup>7</sup> Cfr. G. Garofolo, *La caduta del mito della "prova regina": confessione e testimonianza*, in *Errori giudiziari e background processuale*, a cura di L. Luparia, G. Paolozzi e L. Marafioti, Torino 2017, 39 ss.; A. Dastoli, *Prova dichiarativa e prova scientifica dalla marginalità della prima ad una nuova prova "regina"*, in *AP* 2013, n. 2, 1 ss.

<sup>8</sup> Cfr. L. Nazareno e D.S. Schiff, *The impact of automation and artificial intelligence on worker well-being*, in *Technology in Society* Vol. 67, 2021, 1.

Con l'invasione scientifica del procedimento penale<sup>9</sup>, sono emersi termini quali: prova scientifica, prova digitale (o informatica)<sup>10</sup> e, più recentemente, prova basata sull'IA<sup>11</sup> o prova algoritmica. Ciò determina la necessità di qualificare giuridicamente questi lessemi, vagliando se il carattere scientifico di una prova comporti obblighi e garanzie ulteriori rispetto alla prova non scientifica o “analogica”<sup>12</sup>.

È evidente che l'istituto della prova rappresenta il «cuore pulsante del processo penale»<sup>13</sup>, perché da essa dipende non solo la decisione dell'organo giudicante, ma la stessa funzione del procedimento penale, volta all'accertamento dei fatti attraverso la formazione della prova nel contraddittorio tra le parti<sup>14</sup>. Pur mantenendo questo finalismo, la prova scientifica si contraddistingue per l'impiego della scienza<sup>15</sup>, definita in dottrina come «quella prova che, partendo da un fatto dimostrato, utilizza una legge scientifica per accertare l'esistenza di un ulteriore fatto da provare»<sup>16</sup>. Così, la scientificità sembra potere essere riconducibile, piuttosto, al risultato probatorio e, più precisamente, al giudizio inferenziale del giudice, cui è imposto di impiegare «conoscenze che vanno oltre il sapere dell'uomo medio»<sup>17</sup>.

L'esistenza di caratteri di scientificità, inoltre, potrebbe indurre a ritenere indispensabile il ricorso alla perizia *ex art.* 220 Cpp. Si tratta, invero, di una conclusione impropria, perché, se la perizia è necessariamente una prova scientifica, ciò non implica che tutte le prove scientifiche siano riconducibili alla perizia<sup>18</sup>.

Volendo ampliare lo spettro di applicabilità del carattere di scientificità oltre il mero risultato probatorio, si potrebbe definire come “scientifico” qualsiasi mezzo probatorio che implichi il ricorso alla scienza. Assecondando questa linea di pensiero, anche la prova digitale può essere classificata come una *species* del *genus* prova scientifica<sup>19</sup>, ove per prova digitale deve intendersi il dato conoscitivo, messo a disposizione del giudice, formatosi in un procedimento

<sup>9</sup> L'espressione è di M. Cecchi, *Nozione e definizione di prova scientifica*, in *La prova scientifica*, a cura di C. Conti e A. Marandola, Milano 2023, 31.

<sup>10</sup> Cfr. G. Di Paolo, *Prova informatica (diritto processuale penale)*, in *ED*, Annali VI, 2013, 736; G. Vaciago, *Digital evidence. I mezzi di ricerca della prova digitale nel procedimento penale e le garanzie dell'indagato*, Giappichelli 2012, 1; D. La Muscatella, *La genesi della prova digitale: analisi prospettica dell'ingresso dell'informatica forense nel processo penale*, in *Cyberspazio e diritto*, 2012, n. 3, 385 ss.

<sup>11</sup> Sul rapporto tra prova digitale e intelligenza artificiale v. M. Gialuz, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio*, in AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Milano 2021, 51 ss.; A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano 2020; A. Pajno, *AI: profili giuridici. Intelligenza artificiale: criticità emergenti e nuove sfide per i giuristi*, in *Biolaw Journal* 2019, n. 3, 205; M. Bassini, L. Liguori e O. Pollicino, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, a cura di F. Pizzetti, Torino 2018; C. Casonato, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *Biolaw Journal* 2019, n. 2, 711; M. Fasan, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *Biolaw Journal* 2019, n. 1, 107; L. Casini, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano 2020; B. Marchetti, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal* 2021, n. 2, 367 ss.

<sup>12</sup> Sull'evanescenza di tale definizione v. P. Tonini, *Documento informatico e giusto processo*, in *Diritto penale e processo* 2009, 401 ss.

<sup>13</sup> F. Cordero, *Prefazione*, in *Tre studi sulle prove*, a cura di F. Cordero, Milano 1963, II.

<sup>14</sup> Cfr. D. Siracusano, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Milano 1989, 90.

<sup>15</sup> Sul concetto di scienza, invece, v. P. Tonini, *Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio*, in *La prova scientifica nel processo penale*, a cura di L. De Cataldo Neuburger, Padova 2007, 49 ss.

<sup>16</sup> P. Tonini e C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano 2014, 354.

<sup>17</sup> V. Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.* 1972, 414 ss., secondo cui, inoltre, «il *factum probans* può essere documento, testimonianza, o indizio, ma non è, in sé stesso, né scientifico, né ascientifico».

<sup>18</sup> Cfr. O. Dominiononi, *Prova scientifica (diritto processuale penale)*, in *ED*, Annali II, Vol. 1, 2008, 977.

<sup>19</sup> Cfr. L. Marafioti, *Digital evidence e processo penale*, in *CP* 2011, 4510.

probatorio che ne garantisce l'autenticità, l'inalterabilità e l'affidabilità<sup>20</sup>, a prescindere dal supporto che la contiene<sup>21</sup>.

La prova digitale sembra, dunque, identificarsi con il documento informatico<sup>22</sup>, anche se il carattere «ubiquo»<sup>23</sup> della prova digitale permette di acquisirla da qualsiasi fonte, in forza di quella scissione che si genera tra contenente (supporto fisico) e contenuto (informazione)<sup>24</sup>. L'assenza di un'univoca incorporazione e identificazione del contenuto con il contenente, inoltre, determina una maggiore vulnerabilità alle alterazioni della prova digitale rispetto alla prova analogica.

Adattando il ragionamento inferenziale alla prova digitale, può affermarsi che la sua validità probatoria dipende dall'autenticità del dato di partenza (*factum probans*), il quale, per essere definito tale, deve rispettare le c.d. *best practices* per la corretta estrazione dell'informazione ricercata (*factum probandum*). Le *best practices*, infatti, sono finalizzate a individuare la corretta procedura, affinché un dato digitale possa cristallizzarsi nella prova digitale, garantendo la conformità tra l'acquisizione forense realizzata e il dato presente sul dispositivo. A questo proposito, dunque, sarebbe indispensabile definire delle *best practices* ufficiali, da osservare per la formazione della prova digitale. Diversamente, si rischia che la giurisprudenza possa riconoscere come prove digitali, documenti privi di autenticità. È quanto accade con l'acquisizione dell'istantanea di conversazioni acquisita da dispositivi telematici (c.d. *screenshot*), che per la giurisprudenza costituisce una prova documentale, salvo che il giudice non abbia motivo di dubitare circa la sua genuinità<sup>25</sup>. Lo *screenshot* acquisito senza l'osservanza di *best practices*<sup>26</sup>, però, non è in grado di garantire l'autenticità della prova digitale e, pertanto, non dovrebbe potere essere utilizzabile ai fini della formazione del convincimento del giudice<sup>27</sup>.

In attesa di una disciplina organica delle *best practices*, sarebbe comunque auspicabile che queste siano individuate caso per caso nel contraddittorio tra le parti, mediante lo strumento della perizia, per garantire la controllabilità dell'attendibilità della prova digitale<sup>28</sup>. Si tratta di profili che, come si vedrà *infra*, investono anche la prova algoritmica, perché per essa non esistono *best practices* in tema di intelligenza predittiva, a causa dei molteplici problemi di affidabilità di questo strumento.

3. Con il Regolamento (UE) 2024/1689 (*AI Act*)<sup>29</sup>, l'Unione Europea ha provveduto a disciplinare ed armonizzare l'uso dell'intelligenza artificiale, con un testo normativo che, pur non destinato direttamente ad un uso processuale, ha il pregio di essere vincolante, a differenza

<sup>20</sup> Così S. Quattrocchio, *La via europea per l'intelligenza artificiale*, a cura di C. Camardi, Padova 2022, 409.

<sup>21</sup> *Ead.*, *Prova e intelligenza artificiale*, in *La prova scientifica*, a cura di C. Conti e A. Marandola, Milano 2023, 477.

<sup>22</sup> S. De Flammineis, *Le sfide della prova digitale: sequestri, chat, processo penale telematico e intelligenza artificiale*, in *Sistema penale*, 8.3.2024, 2.

<sup>23</sup> G. Di Paolo, *Prova informatica (diritto processuale penale)*, cit., 756.

<sup>24</sup> Cfr. P. Di Fresco, *Digital evidence o prova documentale? Il valore probatorio dello screenshot nel processo penale*, in *Lexia*, 17.7.2023.

<sup>25</sup> Cfr. Cass., sez. V, 10.9.2024 n. 34212; Cass., sez. V, 5.2.2021 n. 12062, in *C.e.d.* 280758; Cass., sez. III, 6.11.2019 n. 8332, in *C.e.d.* 278635; Cass., sez. III, 6.11.2019 n. 8332, in *C.e.d.* 278635.

<sup>26</sup> Cfr. J. Švelch, *Redefining screenshots: Toward critical literacy of screen capture practices*, in *Convergence* 2020, 2, 554-569; M. Allen, *Representing computer-aided design: Screenshots and the interactive computer circa 1960*, in *Perspectives on Science* 2016, n. 6, 637-668.

<sup>27</sup> Peraltro, v. Cass. sez. VI, 13.01.2025 n. 1269, in *DeJure*, secondo cui lo *screenshot* deve essere acquisito in osservanza delle garanzie previste per il sequestro di corrispondenza dall'art. 254 Cpp.

<sup>28</sup> Cfr. P. Tonini, *Il diritto delle prove penali*, cit., 360.

<sup>29</sup> Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio.

del *Blueprint for an AI Bill of Rights (AI Blueprint)*, approvato nel 2022 negli Stati Uniti d'America<sup>30</sup>.

L'art. 3 dell'*AI Act*, anzitutto, definisce l'intelligenza artificiale come «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'*input* che riceve come generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali»<sup>31</sup>. La nozione di intelligenza artificiale, dunque, ricade anche su quella di prova algoritmica, poiché con essa si potrebbe identificare anche la prova che accerta l'esistenza di un fatto giuridico attraverso l'uso di un algoritmo di intelligenza artificiale.

Al fine di meglio circoscrivere l'ambito applicativo dell'*AI Act*, appare utile un confronto con l'*AI Blueprint*, nel quale ci si riferisce genericamente ad *automated systems* «*[that] include, but are not limited to, systems derived from machine learning, statistics, or other data processing or artificial intelligence techniques*».

Nonostante la differenza nominale, tra le due definizioni non sembra vi sia una forte divergenza contenutistica, perché entrambe le nozioni ricomprendono potenzialmente sia le automazioni, sia le forme ristrette di intelligenza artificiale – si tratta, a tal proposito, di *Artificial Narrow Intelligence (ANI)*<sup>32</sup> – come quelle di tipo predittiva e generativa<sup>33</sup>.

Per accertare che le due nozioni possano essere sovrapposte, è opportuno comprendere la differenza che sussiste tra automazione e intelligenza artificiale. A questo proposito, si può operare una semplificazione, associando da un lato la robotica all'intelligenza artificiale e, dall'altro, la domotica all'automazione<sup>34</sup>. La robotica, infatti, si concentra sulla capacità di adattamento, necessarie per operare in ambienti non strutturati, ovvero ambienti complessi e imprevedibili. Al contrario, l'automazione si concentra su sistemi progettati per funzionare autonomamente in contesti strutturati, ossia ambienti ordinati e prevedibili, appositamente organizzati per agevolare il funzionamento delle macchine<sup>35</sup>. Da questa distinzione si può dedurre che l'assenza di autonomia decisionale da parte dell'algoritmo rappresenta l'unico elemento discreto per classificare un algoritmo come strumento di automazione ovvero come strumento di intelligenza artificiale<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> Si tratta del *Blueprint for an AI bill of rights making automated systems work for the American people*, approvato nel mese di ottobre 2022 e disponibile per la consultazione all'indirizzo: [www.whitehouse.gov](http://www.whitehouse.gov). Per un commento in rapporto ai diritti fondamentali v. A. Cahane e D. Dror-Shpoliansky, *Human Rights and AI? On the The Blueprint for an AI Bill of Rights and its meaning*, in *RUNI Law Review Online*, 18.5.2023.

<sup>31</sup> Art. 3 *AI Act*.

<sup>32</sup> Secondo la tipizzazione tradizionale, l'intelligenza artificiale si differenzia in *ANI (Artificial Narrow Intelligence)*, *AGI (Artificial General Intelligence)* e *ASI (Artificial Super Intelligence)*. Cfr. R. Martinez, *Artificial intelligence: distinguishing between types & definitions*, in *Nevada Law Journal* Vol. 19, 2015, 1015.

<sup>33</sup> Cfr. L. Harrington, *Comparison of Generative Artificial Intelligence and Predictive Artificial Intelligence*, in *Advanced Critical Care* Vol. 35, 2024, n. 2, 93.

<sup>34</sup> Secondo Enciclopedia Treccani, (voce) *Domotica*, in *Vocabolario online*, la domotica è la «disciplina che si occupa dell'applicazione dell'informatica all'insieme di dispositivi e impianti usati nelle abitazioni (per es., illuminazione, climatizzazione, audiovisivi, sistemi di sicurezza), provvedendo alla loro automazione». La robotica, invece, secondo *Id.*, (voce) *Robotica*, in *Vocabolario online*, «ha per oggetto lo studio e la realizzazione di robot, e le loro applicazioni pratiche nelle attività di produzione industriale e di ricerca scientifica e tecnologica. La r. si è sviluppata secondo tre filoni principali: lo sviluppo della tecnologia costruttiva, lo sviluppo della capacità di ragionamento, l'integrazione con l'ambiente operativo».

<sup>35</sup> In questi termini K. Goldberg, *What is automation?*, in *IEEE transactions on automation science and engineering* Vol. 9, 2011, n. 1, 1-2. Un esempio sono gli strumenti digitali forensi come l'etilometro o il kit per il test del DNA.

<sup>36</sup> Come rileva S.S. Shekhar, *Artificial Intelligence in Automation*, in *Research Review International Journal of Multidisciplinary* 2019, n. 6, 14-17.



Dal punto di vista giuridico, pur parlando sempre di prova algoritmica, la distinzione tra prova generata da un sistema di automazione o prova generata da un algoritmo di intelligenza artificiale assume rilevanza e necessita una differente disciplina. Infatti, mentre un'automazione è controllabile perché esegue comandi preimpostati, e dunque può validamente formare una prova digitale, l'intelligenza artificiale, mancando di affidabilità, deve essere rimessa al libero apprezzamento del giudice.

Su questo punto, dunque, si condivide pienamente la differenziazione proposta in dottrina tra prove digitali e «prove generate automaticamente»<sup>37</sup>, purché si convenga con l'affermazione che le prove ricavate da sistemi di automazione, essendo acquisite con un procedimento autentico e falsificabile, sono vere e proprie prove digitali.

Tornando all'*AI Act*, assume rilievo l'aver chiarito che la presenza del carattere di autonomia decisionale (seppure elementare) rappresenta l'elemento identificativo dell'intelligenza artificiale. I sistemi di automazione, infatti, non possono rientrare nell'alveo di disciplina del regolamento, perché, come visto, l'art. 3 si riferisce a «livelli di autonomia variabile [che] può presentare adattabilità dopo la diffusione». Al contrario, l'*AI Blueprint* si riferisce genericamente a sistemi che «include, but are not limited to [...] artificial intelligence techniques», permettendo di ricomprendervi anche la regolamentazione dei sistemi di automazione.

Nello strutturare l'*AI Act*, il legislatore europeo si è ispirato ad un *risk-based approach*, secondo cui, a seconda del campo di applicazione, l'intelligenza artificiale si inquadra in quattro differenti livelli di rischio (inaccettabile, elevato, moderato e basso) e di disciplina<sup>38</sup>. Riguardo alla giustizia penale, la dottrina ha fatto emergere le innumerevoli ripercussioni derivanti dai divieti contenuti nella lett. d dell'art. 5<sup>39</sup>, ma, ai fini di questa trattazione, è il considerando (61)<sup>40</sup> a rappresentare la norma chiave.

Secondo questa disposizione, l'applicazione dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia costituisce, anzitutto, un'attività ad alto rischio se utilizzata da un'autorità giudiziaria o per suo conto «per assistere le autorità giudiziarie nelle attività di ricerca e interpretazione dei fatti e del diritto e nell'applicazione della legge a una serie concreta di fatti». La norma, in modo condivisibile, si preoccupa dei rischi legati ad un uso dell'intelligenza artificiale ai fini interpretativi, perché rischierebbe di pregiudicare il principio del libero convincimento del giudice e, soprattutto, il principio del contraddittorio. Diversamente dal giudice, infatti, il convincimento dell'algoritmo predittivo si fonda sugli atti del processo, ossia su base cartolare. Ciò rappresenterebbe un'evidente contrasto con i principi di oralità e del contraddittorio che sorreggono la giustizia penale di stampo accusatorio.

<sup>37</sup> S. Quattrocolo, *Prova e intelligenza artificiale*, cit., 477; *Ead.*, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, Berlino 2020, 89 ss.

<sup>38</sup> Cfr. C. Novelli, F. Casolari, A. Rotolo, M. Taddeo e L. Floridi, *Taking AI risks seriously: a new assessment model for the AI Act*, in *AI & Society* 2024, 2493–2497; G. Canzio, *AI act e processo penale: sfide e opportunità*, in *Sistema penale*, 14.10.2024; S. Quattrocolo, *Intelligenza artificiale e processo penale: le novità dell'AI Act*, in *Diritto di difesa*, 16.1.2025; M. Gialuz, *Prove fondate sull'intelligenza artificiale e diritti fondamentali*, in *Diritto di difesa*, 15.1.2025.

<sup>39</sup> La lettera d vieta il ricorso a strumenti di «valutazione del rischio relative a persone fisiche al fine di valutare o prevedere il rischio che una persona fisica commetta un reato unicamente sulla base della profilazione di una persona fisica o della valutazione dei tratti e delle caratteristiche della personalità». Tale divieto, tuttavia, non si applica ai sistemi di IA che si basano su «fatti oggettivi e verificabili direttamente connessi a un'attività criminosa». Questa differenziazione è criticata da S. Quattrocolo, *Intelligenza artificiale e processo penale: le novità dell'AI Act*, cit. 6, in quanto le valutazioni di tipo oggettivo attengono alle «metodiche di *digital forensics* che mirano a valutare la verosimiglianza di possibili ricostruzioni causali, anche alternative, dei fatti oggetto del procedimento penale».

<sup>40</sup> Considerando 61 del Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio.

Differente sembra, invece, la *ratio* che ha condotto alla collocazione nella medesima fascia di rischio anche dei «sistemi di IA destinati a essere utilizzati dagli organismi di risoluzione alternativa delle controversie [...] quando gli esiti dei procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie producono effetti giuridici per le parti». Nell'ambito della giustizia penale del nostro ordinamento, il riferimento principale è rappresentato dalla giustizia riparativa, disciplinata oggi dal d.lgs. 10.10.2022 n. 150<sup>41</sup>, dove a rendere altamente rischioso l'utilizzo dell'intelligenza artificiale non è solo il pericolo di perdere l'oralità in un modello di giustizia fondato principalmente sul dialogo, ma anche l'assenza del giudice, al quale viene restituito un esito riparativo in grado di incidere sulla decisione finale.

Maggiore preoccupazione desta il principio contenuto dopo queste disposizioni, dove si afferma che «l'utilizzo di strumenti di IA può fornire sostegno al potere decisionale dei giudici o all'indipendenza del potere giudiziario, ma non dovrebbe sostituirlo: il processo decisionale finale deve rimanere un'attività a guida umana». Il ricorso al condizionale «dovrebbe», infatti, sembra riconoscere l'ammissibilità della figura del giudice robot<sup>42</sup>, confermato dalla precisazione che il processo decisionale rimane un'attività a «guida» umana, senza tuttavia fornire ulteriori elementi per circoscrivere questa eventualità<sup>43</sup>.

Sulla base di questa cornice normativa, dunque, diviene opportuno soffermarsi anche sugli spazi che possono essere riconosciuti all'intelligenza artificiale in sede di valutazione delle prove da parte del giudice.

4. L'intelligenza artificiale, applicata alla giustizia penale, rappresenta una potenziale risorsa anche per la valutazione delle prove, seppur con molteplici problemi legati all'impossibilità di governare i processi logico-argomentativi della macchina.

L'interesse verso questi modelli algoritmici pare essere sempre più crescente, perché dalla loro implementazione potrebbero derivare opportunità per l'efficienza della giustizia penale, secondo quei propositi già evidenziati dal legislatore con l'introduzione del d.lgs. 150/2022<sup>44</sup>. Tuttavia, potrebbero esserci differenti ragioni che, più o meno consapevolmente, spingono verso la giustizia predittiva, che necessitano attenzione per i risvolti inquisitori che ne potrebbero derivare.

La costituzione dell'algoritmo di intelligenza predittiva può essere sintetizzata in tre fasi principali: la fase dell'apprendimento, durante la quale l'algoritmo viene addestrato attraverso il *deep learning* basato su *big data*<sup>45</sup>; la fase dell'*input*, in cui i quesiti giuridici vengono tradotti in comandi comprensibili per la macchina; e infine la fase dell'*output*, in cui l'algoritmo fornisce una risposta al quesito.

<sup>41</sup> D.lgs. 10.10.2022 n. 150 (c.d. riforma Cartabia), disponibile in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it). *Ex multis*, v. AA.VV., *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura. Atti del convegno di Ferrara Dipartimento di Giurisprudenza, 15-17 dicembre 2022*, Napoli 2023, 365 ss.

<sup>42</sup> Cfr. A.A. Martino, *Chi teme i giudici robot*, in *Rivista italiana di informatica e diritto* 2020, n. 2, 15 ss.

<sup>43</sup> La norma esclude, invece, che siano ad alto rischio i sistemi di intelligenza artificiale «destinati ad attività amministrative puramente accessorie, che non incidono sull'effettiva amministrazione della giustizia nei singoli casi, quali l'anonimizzazione o la pseudonimizzazione di decisioni, documenti o dati giudiziari, la comunicazione tra il personale, i compiti amministrativi».

<sup>44</sup> D.lgs. 10.10.2022 n. 150 cit. La giustizia predittiva è stata, tuttavia, criticata in un interessante studio di K. Jäger, *Not a New Gold Standard: Even Big Data Cannot Predict the Future*, in *A Journal of Politics and Society* Vol. 28, 2016, n. 3-4, 335 ss.

<sup>45</sup> Le informazioni rappresentano una risorsa strategica in ogni ambito, assumendo un ruolo cruciale nell'era dei *big data*. L'ecosistema digitale genera una mole significativa di dati elettronici, ove tali dati, spesso caratterizzati da una struttura non organizzata e da una marcata eterogeneità, richiedono l'adozione di metodologie analitiche avanzate e strumenti specifici per garantirne una gestione e un'interpretazione efficaci. Cfr. W. Günther, M. H. Rezazade Mehrizi, M. Huysman e F. Feldberg, *Rushing for Gold: Tensions in Creating and Appropriating Value from Big Data*, in *Journal of the Association for Information Systems* 2017, n. 12, 1 ss.

Per comprendere i limiti della giustizia predittiva, è opportuno richiamare brevemente le logiche garantistiche che sottostanno al sistema del doppio fascicolo<sup>46</sup>. Come è noto, tale sistema è volto a garantire che il giudice non venga influenzato dalle informazioni emerse fuori dal contraddittorio dibattimentale, ove le uniche eccezioni a questa regola sono riconducibili all'art. 111 Cost.<sup>47</sup>.

Questa premessa, che potrebbe sembrare marginale, rileva per comprendere i rischi legati alla fase di apprendimento della macchina predittiva. L'algoritmo per la giustizia predittiva, infatti, viene addestrato su banche dati (*data set*) contenenti migliaia di precedenti giurisprudenziali, i quali, tuttavia, potrebbero essere stati definiti tenendo conto di atti provenienti dal fascicolo delle indagini preliminari, che solo eccezionalmente possono essere letti in dibattimento, ad esempio con il consenso dell'imputato. Questa eventualità rappresenta un grave pericolo, perché l'algoritmo, in fase di apprendimento, potrebbe dedurre principi contrari al modello accusatorio, influenzando e distorcendo il suo giudizio nelle successive applicazioni. Per tale ragione, diviene di fondamentale importanza operare una corretta selezione dei *data set* su cui basare l'apprendimento dell'algoritmo.

Un ulteriore problema legato ai *big data* è l'incorporazione di *bias* cognitivi. Durante l'elaborazione di grandi volumi di informazioni, la macchina, seguendo modelli matematici e statistici, può giungere a conclusioni in contrasto con principi giuridici fondamentali, come quello di non discriminazione<sup>48</sup>. Il problema principale dei *bias* cognitivi risiede, tuttavia, nell'impossibilità di prevederne la formazione durante la fase di apprendimento dell'algoritmo, perché, una volta acquisiti i dati, l'algoritmo li elabora autonomamente, sviluppando regole che possono riflettere distorsioni incompatibili con principi fondamentali di diritto. Un ausilio potrebbe, dunque, giungere dalla corretta formazione anche dei *data set* di raffronto, finalizzati a "scovare" la formazione di *bias* cognitivi nell'algoritmo.

Infine, occorre notare che, anche qualora si riuscisse a garantire l'accuratezza dei dati utilizzati nella fase di apprendimento, la validità dell'algoritmo potrebbe comunque risultare compromessa se i quesiti giuridici non fossero formulati con precisione. Un'errata traduzione della domanda per la macchina potrebbe infatti alterare l'intero processo di analisi. Per comprendere meglio questa criticità, è utile distinguere tra i *big data*, che rappresentano la base per la creazione degli algoritmi predittivi, e gli *small data*, ossia i dati specifici utilizzati per formulare i quesiti giuridici. Se da un lato la qualità dei *big data* è essenziale per lo sviluppo dell'algoritmo, dall'altro è altrettanto fondamentale che i quesiti giuridici siano formulati in modo preciso e coerente, così da rispettare e valorizzare il funzionamento dell'algoritmo stesso.

5. Tornando alle prove algoritmiche in senso stretto, le informazioni generate dai sistemi di automazione, privi di autonomia decisionale e programmati per eseguire esclusivamente comandi predefiniti, possono essere classificate come prove digitali, perché è possibile verificarne l'autenticità e l'attendibilità. Tradizionalmente, i dati contenuti in questi sistemi

<sup>46</sup> Cfr. D. Siracusano, *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, cit., 99; P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Potere delle parti e ruolo del giudice*, Padova 2017, 1 ss.

<sup>47</sup> Cfr. D. Negri, *Deroghe al contraddittorio e consenso delle parti*, in *I principi europei sul processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, 481; C. Valentini, *Contraddittorio, oralità, immediatezza*, in *I principi europei sul processo penale*, cit., 455.

<sup>48</sup> A tal proposito, è emblematico il caso *Supreme Court of Wisconsin*, 31.7.2016, *State v. Loomis*, 881 NW 2d749 (WIS 2016) in cui l'algoritmo di *risk assessment COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions)*, basandosi sulle statistiche relative ai precedenti criminali della popolazione afroamericana, ha incorporato un *bias* razziale. Tale *bias* portava a considerare l'appartenenza etnica come un fattore di rischio più elevato, influenzando negativamente il giudizio sulla pericolosità degli individui. Cfr. S. Quattrocchio, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, cit., 156 ss.; M. Gialuz, *Prove fondate sull'intelligenza artificiale e diritti fondamentali*, cit., 18.

sono di facile acquisizione, ma nei casi più complessi il giudice può fare ricorso alla perizia ex art. 220 Cpp, per estrapolare le informazioni ed interpretarle scientificamente.

Recentemente, la questione sui sistemi di automazione è diventata più complessa, in quanto questi sistemi hanno integrato forme di intelligenza artificiale, in grado di interagire con l'ambiente circostante per apprendere e migliorare la propria capacità di elaborazione e, dunque, il servizio fornito<sup>49</sup>.

Con l'integrazione dell'intelligenza artificiale nei sistemi di automazione, sono insorti anche i problemi sull'attendibilità delle informazioni fornite dalla macchina, dovuti all'effetto "scatola nera". Così, ad esempio, a precise domande, le risposte fornite da un assistente vocale, presente nel luogo di cui si sta cercando di ricostruire i fatti, potrebbero non essere attendibili.

Il problema è stato affrontato in dottrina secondo gli stessi profili problematici dell'intelligenza predittiva. Occorre, cioè, rendere trasparente la scatola che contiene l'algoritmo dell'intelligenza artificiale, attraverso i canoni di accessibilità, spiegabilità e comprensibilità<sup>50</sup>. La strada, tuttavia, risulta tecnicamente complessa e talvolta non percorribile, perché, da un lato, la trasparenza dipende dalla difficile accessibilità ai codici sorgente dell'algoritmo e, dall'altro, non è sempre possibile garantire quel «controllo umano significativo»<sup>51</sup> sul funzionamento della macchina.

Nel dibattito scientifico statunitense, il problema della *black box* è stato analizzato in modo differente, proponendo interessanti alternative ermeneutiche. Partendo dal presupposto che le prove algoritmiche si basano su una tecnologia complessa da spiegare e rendere trasparente, si è proposto di adattare l'istituto della testimonianza per vagliare l'affidabilità dell'algoritmo<sup>52</sup>. Ad esempio, attraverso l'audizione dello sviluppatore del *software* o della macchina, si potrebbe cercare di comprendere i meccanismi di funzionamento dell'algoritmo<sup>53</sup>. Purtroppo, questa soluzione non è in grado di risolvere tutte quelle situazioni in cui lo stesso sviluppatore non è in grado di fornire elementi utili per ricostruire il percorso di generazione dell'informazione resa dall'algoritmo.

Più suggestive appaiono, invece, le argomentazioni di chi sostiene l'introduzione di una «*machine testimony*»<sup>54</sup>, frutto di una reinterpretazione del concetto di testimonianza, che deve essere esteso anche ai «*non-human witnesses*», attraverso lo *stress test* della *cross-examination*, per vagliarne la credibilità. Nonostante non si possa equiparare la mente umana alle reti neurali<sup>55</sup>, occorre ammettere che l'effetto *black box* può essere paragonato, per taluni aspetti, alla mente del testimone, nella parte in cui, per poter dare valenza probatoria alle sue informazioni, occorre prima passare dal prisma del contraddittorio, costituito dall'esame incrociato. La testimonianza dell'essere umano e la testimonianza dell'algoritmo condividono, dunque, le stesse finalità. Attraverso l'esame incrociato, si mira ad approfondire il contesto di

<sup>49</sup> S. Quattrocolo, *Prova e intelligenza artificiale*, cit., 478 fa riferimento all'uso di elettrodomestici (Rumba) e assistenti vocali (Alexa) in grado di rappresentare potenziali intrusioni nella sfera privata.

<sup>50</sup> Ivi, 483. Cfr. F. Palmiotto, *The impact of Algorithmic Opacity on Fair Trial Rights in Criminal Proceedings*, in *Algorithmic Governance and Governance of Algorithmics*, a cura di M. Ebers e M. Canero Gamito, Cham 2020, 52 ss.

<sup>51</sup> Cfr. G. Tamburrini, *Etica delle macchine. Dilemmi morali per robotica e intelligenza artificiale*, Roma 2020, 105.

<sup>52</sup> Cfr. C. Chessman, *Not Quite Human: Artificial Intelligence, Animals, and the Regulation of Sentient Property*, in [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), 29.06.2018; A. L. Roth, *Machine Testimony*, in *Yale Law Journal* Vol. 126, 2017, n. 1, 1972.

<sup>53</sup> C. Chessman, *Not Quite Human: Artificial Intelligence, Animals, and the Regulation of Sentient Property*, cit.

<sup>54</sup> A.L. Roth, *Machine Testimony*, in *Yale Law Journal*, cit.; R.D. Friedman, *Route Analysis of Credibility and Hearsay*, in *Yale Law Journal* Vol. 96, 1987, n. 17, 667.

<sup>55</sup> Cfr. S. Reardon, *Artificial Neurons Compute Faster than the Human Brain*, in *Nature*, 26.1.2018; R. Epstein, *The Empty Brain*, in *AEON*, 18.5.2016.

apprendimento delle informazioni rese dal dichiarante, evidenziarne i limiti e sindacarne, ove possibile, gli errori.

Si tratta di profili problematici ancora prematuri, perché l'intelligenza artificiale non è giunta ancora al punto di potere sostenere un esame incrociato, senza ricadere in risposte ridondanti e poco funzionali allo scopo conoscitivo del mezzo istruttorio della testimonianza<sup>56</sup>. Purtuttavia, l'aver evidenziato le potenzialità di questo istituto vale a riconoscere che, oltre al potenziamento dei canoni di trasparenza e accessibilità degli algoritmi, esiste una strada alternativa per dare valenza probatoria alle informazioni fornite dagli strumenti di intelligenza artificiale. In un futuro prossimo, dunque, la prova algoritmica potrebbe essere sussunta nella categoria della prova testimoniale, previa modifica dell'art. 196 Cpp, che oggi riconosce solo alla persona la capacità di testimoniare.

6. Alla luce di quanto precede, si può tentare di classificare la prova algoritmica all'interno della giustizia penale. Si è detto che la prova algoritmica assume rilevanza probatoria solo quando è in grado di garantire gli *standards* di certezza, affidabilità e autenticità tipici della prova digitale, il che accade esclusivamente quando essa consiste nell'acquisizione di informazioni contenute in sistemi di automazione, perché l'effetto "scatola nera" dell'intelligenza artificiale rappresenta un ostacolo non ancora valicabile<sup>57</sup>. Se ne deduce che la prova algoritmica andrebbe qualificata come una *species* del *genus* della prova scientifica, perché anch'essa ricorre alla scienza, cioè all'elemento che differenzia in modo nitido questa classe di prove rispetto alle prove analogiche<sup>58</sup>. Cionondimeno, la prova algoritmica non sempre coincide con le prove informatiche, perché queste ultime presuppongono, per potersi definire tali, un elevato grado di autenticità delle informazioni fornite, non garantito dall'uso di algoritmi di intelligenza artificiale<sup>59</sup>.

Per permettere l'ingresso delle prove algoritmiche nel processo penale, si potrebbe cadere nella tentazione di ricorrere alle prove atipiche di cui all'art. 189 Cpp. La prova atipica, tuttavia, presenta un requisito normativo non agevole da soddisfare per l'assenza di trasparenza della prova algoritmica basata sull'intelligenza artificiale: ci si riferisce all'idoneità «ad assicurare l'accertamento dei fatti». Si giunge, così, a valorizzare quell'orientamento giurisprudenziale che qualifica le prove derivanti dal progresso tecnologico non come prove atipiche, ma come peculiare modalità esplicativa dei mezzi di prova tipici<sup>60</sup>. L'intelligenza artificiale, pertanto, può già oggi rappresentare un *modus* per l'esecuzione di altri mezzi di prova, anche se ciò potrebbe impattare sull'affidabilità del risultato probatorio.

Per massimizzare l'apporto probatorio dell'intelligenza artificiale nella giustizia penale, dunque, sarebbe necessario porre la scienza al servizio della giustizia, attraverso lo sviluppo di algoritmi ispirati e guidati dai canoni di trasparenza, accessibilità, non discriminazione e non esclusività della decisione algoritmica, come recentemente confermato dalla Corte di Giustizia dell'UE<sup>61</sup>. Con questi accorgimenti, si potrà aspirare ad un pieno impiego dell'intelligenza

<sup>56</sup> Si veda ad esempio D. Amidani, *ChatGPT bocciato all'esame di diritto processuale penale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 3.10.2024.

<sup>57</sup> Cfr. *supra*, §3.

<sup>58</sup> Sulla sussunzione della prova algoritmica nella categoria delle prove scientifiche v. M. Gialuz, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio*, cit., 61 ss.

<sup>59</sup> In senso differente v. *ivi*, 62 secondo cui «l'intelligenza artificiale si basa su programmi informatici. Allora, in ultima analisi, la prova fondata sull'IA è un ulteriore sottoinsieme della prova informatica».

<sup>60</sup> Cfr. M. Gialuz, *Intelligenza artificiale e diritti fondamentali in ambito probatorio*, 63 che rinvia alla lettura di Cass., sez. I, 21.5.2008 n. 31456, in *CP* 2009, 1840, con nota di F. Caprioli, *Scientific evidence e logiche del probabile nel processo per il "delitto di Cogne"*.

<sup>61</sup> C.G.U.E, 21.6.2022 n. 817, in *DeJure*, §195 secondo cui «tenuto conto dell'opacità che caratterizza il funzionamento delle tecnologie di intelligenza artificiale, può risultare impossibile comprendere la ragione per la

artificiale come mezzo istruttorio. Fino ad allora, la prova algoritmica basata sull'intelligenza artificiale continuerà ad essere contemporaneamente autentica e non autentica, in quella scatola, la stessa che dal 1935 ospita il gatto di Schrödinger.

---

quale un dato programma sia arrivato ad un riscontro positivo. In tali circostanze, l'uso di siffatte tecnologie potrebbe privare gli interessati anche del loro diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo sancito dall'articolo 47 della Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione Europea]».

## AFFETTIVITÀ INFRAMURARIA: SPUNTI CRITICI PER UNA RIVOLUZIONE CHE ATTENDE DI ESSERE COMPIUTA\*

di Ilaria Giugni (*Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"*)

Con la nota sentenza n. 10/2024, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della previsione assoluta e inderogabile del controllo a vista del personale di custodia durante i colloqui in carcere, consentendone una dimensione riservata laddove non vi ostino ragioni di sicurezza, ordine e disciplina. Con tale sentenza additiva di principio, i giudici costituzionali hanno aperto alla creazione di spazi per l'affettività all'interno delle carceri, delegando l'operazione – nell'immediato – ad amministrazione penitenziaria e magistratura di sorveglianza. Dopo aver chiarito il valore imprescindibile di questa sentenza, il contributo si sofferma su alcune criticità derivanti dal *dictum* della Corte – *i.e.* la preclusione dei colloqui ad alcune categorie di persone detenute, la necessaria dimensione di coppia dei colloqui intimi, e il rischio di piegare il diritto alle logiche della premialità – e sulle difficoltà legate al contesto in cui il principio affermato dai giudici costituzionali deve trovare applicazione.

In the well-known judgment no. 10/2024, the Italian Constitutional Court declared illegitimate the absolute and mandatory provision of visual control by prison staff during visits. In so doing, the Court allowed for private visits as long as they do not compromise security, order, or discipline. With this additive decision, the constitutional judges opened the way to creating spaces for affectivity in prisons, delegating their creation – for the immediate future – to the prison administration and the supervisory judiciary. After explaining the indispensable value of this ruling, the paper focuses on some critical issues arising from the Court's decision – *i.e.* the exclusion of certain categories of prisoners from these visits, the choice to limit them to couple relationships, and the risk of bending the law to the logic of reward – and on the difficulties related to the context in which the principle affirmed by the constitutional judges must be applied.

SOMMARIO: 1. Una premessa necessaria: il valore straordinario della sentenza n. 10 del 2024. – 2. Spunti critici. – 2.1. L'affettività inframuraria come diritto fondamentale *a geometria variabile*. – 2.2. ....e *unidimensionale*. – 2.3. Il rischio di subordinare (anche) i colloqui intimi alle logiche della premialità. – 2.4. Un ulteriore limite 'di contesto': lunghe attese e disparità attuative. – 3. Conclusioni.

1. Con la sentenza n. 10 del 2024<sup>1</sup>, la Corte costituzionale ha compiuto una svolta significativa nella tutela dei diritti delle persone detenute, affrontando un tema delicato e troppo a lungo ignorato: la (im)possibilità di condividere momenti d'intimità con i propri cari durante il periodo di detenzione<sup>2</sup>.

---

\* Il presente contributo costituisce la rielaborazione – aggiornata e integrata con riferimenti bibliografici – della relazione dal titolo "*Affettività inframuraria: spunti critici per una rivoluzione che attende di essere compiuta*" presentata dall'Autrice al convegno "*Spazi di privazione della libertà personale e diritti delle persone ristrette*", organizzato dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP), in collaborazione con il Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale (DiPLaP) e con l'Università degli Studi di Firenze, tenutosi a Firenze il 4 ottobre 2024.

<sup>1</sup> Cfr. C. cost., 26.1.2024 n. 10.

<sup>2</sup> Per un inquadramento del diritto all'affettività nel dettato costituzionale e nella legislazione penitenziaria v., *ex multis*, S. Grieco, *Il diritto all'affettività delle persone reclusi*, Napoli 2022; A. Pugiotta, *Della castrazione*

A dodici anni da un monito pressante disatteso dal Parlamento<sup>3</sup>, nel gennaio del 2024 i giudici costituzionali hanno adottato una sentenza additiva di principio per consentire alle persone ristrette di sperimentare una nuova modalità d'incontro con i propri partner. In particolare, accogliendo un'eccezione d'illegittimità sollevata dal magistrato di sorveglianza del Tribunale di Spoleto<sup>4</sup>, è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 18 o.p., nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa a svolgere i colloqui con il partner senza il controllo a vista del personale di custodia, laddove non vi ostino ragioni di sicurezza, esigenze di mantenimento dell'ordine o ragioni giudiziarie. In concreto, dunque, la declaratoria d'illegittimità permette, attraverso la mediazione dei direttori degli istituti e della magistratura di sorveglianza, la fruizione sin da subito di spazi dedicati ai colloqui c.d. intimi all'interno delle carceri, a prescindere da un intervento delle Camere comunque auspicato dalla Corte. Ebbene, tale decisione si segnala all'interesse degli studiosi del diritto, e più in generale dell'opinione pubblica, come una pronuncia storica che segna – almeno sulla carta – un decisivo passo in avanti nell'umanizzazione e risocializzazione della pena attraverso il riconoscimento del diritto all'affettività inframuraria<sup>5</sup>. Un'occasione, l'ennesima, in cui

---

*di un diritto. La negazione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giur. pen. web* 2019; S. Talini, *La privazione della libertà personale. Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative*, Napoli 2018; Id., *L'affettività ristretta*, in *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, a cura di M. Ruotolo e S. Talini, Napoli 2017, 224 ss.; P. Balbo, *Sesso e carcere*, in *Sessualità, diritto e processo*, a cura di G. Gullotta e S. Pezzati, Milano 2002, 86 ss.

<sup>3</sup> Cfr. C. cost., 19.12.2012 n. 301, in *GiurCos* 2012, 4726 ss., con nota di F. Fiorentin, *Affettività e sessualità in carcere: luci ed ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, e in *FI* 2013, 421 ss., con nota di R. Romboli, *Nota a Corte cost., sent. n. 301/2012*.

<sup>4</sup> Cfr. T. sorv. Spoleto ord. 14.12.2022 n. 23/2023, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 17.3.2023, con nota di S. Talini, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?*. Sull'ordinanza v. anche F. Martin, *Carcere e sessualità: nuovi spiragli costituzionali*, in *Giur. pen.* 2023; e P. Beccari, *Corpi reclusi, nessuna intimità. Sulla sentenza n. 10/2024 della Corte costituzionale*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 15.5.2024, 20 ss.

<sup>5</sup> Evidenzia come, almeno fino alla recente presa di posizione della Corte, il diritto ai rapporti affettivi e alla sessualità per i detenuti sia stato spesso percepito come «un surplus sottovalutabile (se non, addirittura, come un'inopportuna pretesa)» L. Fabiano, *Abulia legislativa e necessità di garanzie sostanziali in tema di diritti in carcere*, in [www.lecostituzionaliste.it](http://www.lecostituzionaliste.it), 29.3.2024.



l'ampliamento dei diritti fondamentali garantiti alle persone detenute è avvenuto non nelle aule parlamentari, ma in quelle di Palazzo della Consulta<sup>6</sup>.

Il tipo decisorio prescelto a tal fine sembra inquadrabile, come anticipato, nella categoria delle sentenze c.d. additive di principio<sup>7</sup>, pur presentando una caratteristica peculiare: la Corte

<sup>6</sup> È noto come, negli anni, «un contributo univoco e costante all'avvicinamento della pena reale al suo “volto costituzionale” è venuto, in conformità al ruolo di tale istituzione, dalla Corte costituzionale», così E. Dolcini, *Patologie del sistema sanzionatorio penale e principio della rieducazione del condannato*, in *RIDPP* 2024, 416. Fra le sentenze che s'inseriscono in questo solco della giurisprudenza costituzionale, basti pensare alla decisione con cui fu riconosciuta ai ristretti una tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei loro diritti (C. cost., 11.2. 1999 n. 26, in *GiurCos* 1999, 203 ss., con nota di M. Ruotolo, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*); o alle diverse sentenze intervenute a ripermire il regime di 41 bis o.p. (quali, ad esempio, C. cost., 20.6.2013 n. 143, in *DPenCont* 2013, 336 ss., con nota di V. Manes e V. Napoleoni, *Incostituzionali le restrizioni ai colloqui difensivi dei detenuti in regime di "carcere duro": nuovi tracciati della Corte in tema di bilanciamento dei diritti fondamentali*; C. cost., 26.5.2017 n. 122, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16.6.2017, con nota di A. Della Bella, *Per la Consulta è legittimo il divieto imposto ai detenuti in 41 bis di scambiare libri e riviste con i familiari*; C. cost., 12.10.2018 n. 186, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26.10.2018, con nota di G. Alberti, *Per la Corte costituzionale è illegittimo il divieto di cottura dei cibi imposto ai detenuti al 41-bis*; C. cost., 22.5.2020 n. 97, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 8.6.2020, con nota di I. Giugni, *Incostituzionale il divieto assoluto di scambio di oggetti fra detenuti al 41 bis appartenenti al medesimo gruppo di socialità. Una nuova ripermitezza del regime differenziato*); od ancora alle note pronunce intervenute a mitigare – sia pure attraverso tecniche decisorie diverse – le preclusioni assolute all'accesso ai permessi premio e alla liberazione condizionale per i condannati per reati ostativi non collaboranti (C. cost., 23.10.2019 n. 253, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12.12.2019, con nota di M. Ruotolo, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*; C. cost. ord. 11.5.2021 n. 97, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 25.5.2021, con nota di E. Dolcini, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*); od infine alle sentenze che hanno ampliato l'ambito operativo della detenzione domiciliare speciale (C. cost., 14.2.2020 n. 18, in *SI* 2020, 1346 ss., con nota di S. Talini, *Disabilità, rapporto genitoriale e preclusioni penitenziarie: la sent. cost. n. 18 del 2020 quale "plurimo approdo" della giurisprudenza costituzionale.*; C. cost., 3.2.2022 n. 30, in *RIDPP* 2022, 806 ss., con nota di A. Massaro, *Il preminente interesse del minore impone l'applicazione provvisoria della detenzione domiciliare speciale*).

Sul ruolo della giurisprudenza costituzionale nella definizione del concetto di risocializzazione della pena e nel processo di emersione dei diritti delle persone detenute v. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino 2002, e Id., *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC* 2016.

<sup>7</sup> Così sembra ragionare la Corte, laddove afferma che nel tempo trascorso dal precedente del 2012 «è emersa un'indicazione specifica circa le relazioni qualificate della persona detenuta, meritevoli e bisognose di una considerazione differenziata anche “dentro le mura”, quindi proprio sull'aspetto particolare che aveva indotto questa Corte a ritenere impraticabile l'adozione di una sentenza additiva di principio» (§ 2.3.).

Qualificano espressamente la sentenza n. 10 del 2024 come additiva di principio P. Beccari, *Corpi reclusi, nessuna intimità*, cit., 25; R. De Vito, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l'affettività in carcere*, in *QuestG* 2024; L. Fabiano, *Abulia legislativa e necessità di garanzie sostanziali in tema di diritti in carcere*, cit.; A. Menghini, *Affettività in carcere: gioie e dolori di una sentenza epocale*, in *FI* 2024, 1370; A. Pugiotto, *Amore dietro le sbarre: la Costituzione bussa ai cancelli della prigione*, pubblicato su *Il Manifesto* in data 30.1.2024, 1; A. Ruggeri, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti*, in *GiurCos* 2024, 161; P. Veronesi, *L'amore ai tempi delle catene: affettività e carcere secondo la sentenza n.10 del 2024*, in *Nomos* 2024, 22.

Avanzano dubbi sulla qualificazione in questi termini della pronuncia n. 10/2024 M. Bortolato, *Il diritto all'intimità del colloquio: osservazioni a Corte cost. 10/2024*, in *GiurCos* 2024, 106-107; M. Ruotolo, *Il riconoscimento del diritto all'intimità delle persone detenute in un'originale additiva ad attuazione progressiva*, ivi 2024, 97-98; S. Talini, *L'intimità quale diritto inviolabile «anche» negli istituti penitenziari. Considerazioni a margine della sent. n. 10/2024*, in *QuadCos* 2024, 181. Il primo Autore, in particolare, la

costituzionale non si è accontentata di affermare un principio generico in attesa di un ineludibile intervento del legislatore, ma si è prodigata nella definizione di indicazioni così precise da consentirne l'applicazione immediata e durevole da parte dell'amministrazione penitenziaria, anche laddove l'iniziativa parlamentare dovesse tardare a concretizzarsi<sup>8</sup>.

Il carattere autoapplicativo delle regole messe a punto dalla Corte – richiamate, peraltro, nello stesso dispositivo («nei termini di cui in motivazione») – lascia intendere, in qualche maniera, che l'attivazione delle Camere, pur auspicata, non sia affatto necessaria. Infatti, l'attuazione del principio affermato sembrerebbe poter poggiare, anche per il futuro, unicamente sul *vademecum* approntato dalla Corte nella parte motiva della pronuncia, indipendentemente da una successiva regolamentazione da parte del legislatore<sup>10</sup>.

Lo schema decisorio adottato, insieme allo sforzo di definizione di regole su cui poter contare nell'immediato, sembra rispondere alle diverse esigenze avvertite dalla Corte nell'affrontare nuovamente il tema dell'affettività inframuraria. Da un lato, l'urgenza di superare la negazione assoluta di un diritto percepita ormai come non più sostenibile; dall'altro, la necessità di non ignorare le prerogative delle Camere.

Nelle intenzioni della Corte, allora, lo strumento dell'additiva di principio consente sin da subito di superare l'inattività del Parlamento e rendere l'ordinamento penitenziario maggiormente conforme a Costituzione, mantenendo al contempo intatta la possibilità *pro futuro* di una iniziativa legislativa. In questo senso, tale tecnica decisoria – non dissimilmente da altri strumenti di recente utilizzo<sup>11</sup> – mira a stimolare una collaborazione più fruttuosa con le assemblee parlamentari, rinvenendo nelle proprie decisioni «più che il punto conclusivo di una certa vicenda, il punto intermedio di uno sviluppo normativo che trova compimento solo quando il Legislatore lo conclude»<sup>12</sup>.

Tuttavia, la Corte si rivolge, in questo caso, a più d'un destinatario: non soltanto al Parlamento e ai giudici, interlocutori per così dire primari delle sue decisioni, ma anche

---

ritiene riconducibile alla categoria delle additive cc.dd. “semplici” o al *tertium genus* delle “additive di principio a dispositivo non generico” o “con precisazioni”, valorizzando la precisione e la vincolatività delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella parte motiva; il secondo Autore la definisce invece una “sentenza additiva ad attuazione progressiva o graduale”, sottolineando come la stessa autoapplicatività del principio enunciato dai giudici costituzionali sia destinata ad avvenire per gradi, anche in ragione di eventuali oggettivi *deficit* materiali di partenza degli istituti; viceversa, per l'ultima Autrice si tratta di “un'additiva classica”, dal momento che può prescindere dall'attivazione delle Camere, necessitando piuttosto degli interventi di assestamento fisiologici dopo ogni intervento di tipo additivo della Corte.

<sup>8</sup> Per una ricostruzione approfondita della *pars construens* della decisione n. 10 del 2024, sia consentito il rinvio a I. Giugni, *Affettività in carcere. Note in attesa dell'attuazione di Corte cost., sentenza n. 10 del 2024*, in *Osservatorio AIC* 2024, 291 ss.

<sup>9</sup> Ritieni, invece, che la formula assolve a esigenze di “segnaletica giurisprudenziale”, essendo impiegata per delimitare l'impatto della decisione e per precisare le condizioni che possono consentire l'esercizio del diritto all'affettività, «giustificando pure una transitoria non azionabilità dello stesso ove le condizioni materiali della singola struttura lo impediscano», M. Ruotolo, *Il riconoscimento del diritto all'intimità delle persone detenute in un'originale additiva ad attuazione progressiva*, cit., 97.

<sup>10</sup> Osserva come la sentenza in commento, pur potendosi annoverare fra le additive di principio, presenti «un carattere nient'affatto “blando”, com'è tipico di molte decisioni appartenenti a tale categoria», concludendo che le prescrizioni ivi contenute possano trovare immediata applicazione senza attendere un'azione legislativa, P. Veronesi, *L'amore ai tempi delle catene*, cit., 22-23.

<sup>11</sup> Il riferimento è, in primo luogo, alla tecnica c.d. del rinvio a data fissa e alla modulazione degli effetti temporali delle pronunce di accoglimento. Sul punto v., *ex multis*, N. Fiano, *Il fattore “tempo” nella giustizia costituzionale*, Milano 2023; e volendo, nella dottrina penalistica, I. Giugni, *Potere monitorio della Corte costituzionale e legalità penale*, in *RIDPP* 2023, 427 ss.

<sup>12</sup> Cfr. G. Lattanzi, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2018*, consultabile sul sito della Corte, 8.

all'amministrazione penitenziaria nel suo complesso e ai direttori degli istituti in particolare<sup>13</sup>. L'intenzione dei giudici costituzionali sembra, dunque, quella di costruire un dialogo a più voci, di investire diverse istituzioni della complessa operazione d'inveramento del principio affermato. Viene offerto un testo "ponte" da cui partire, ma resta la necessità di assicurare nella pratica l'esercizio di un diritto il cui riconoscimento risultava non più procrastinabile.

2. Nonostante la sua portata storica, la decisione n. 10 del 2024 presta il fianco ad alcune obiezioni critiche relative a diversi squilibri derivanti dalle scelte operate dalla Corte, che sembrerebbero meritare una rimeditazione in sede legislativa.

Allo stesso tempo, merita anche una più ampia riflessione 'di contesto' sulla difficoltà di assicurarne un'applicazione soddisfacente nella situazione in cui versano le carceri italiane.

2.1. Partendo dalle criticità dell'impianto argomentativo della pronuncia, il diritto all'affettività inframuraria, così come messo a punto dai giudici costituzionali, si presenta innanzitutto come non pienamente inclusivo, ma 'a geometria variabile'. Nella *pars construens* della sentenza, infatti, la possibilità di fruire dei c.d. colloqui intimi è preclusa *expressis verbis* ad alcune categorie di persone detenute: quelle in regime di 41 *bis* o.p. e di sorveglianza particolare.

Nonostante si tratti, in entrambi i casi, di esclusioni fondate su motivi di ordine – pubblico o interno all'istituto – e per tale ragione spesso condivise<sup>14</sup>, resta il dubbio di come giustificare la privazione totale e a priori di un diritto esplicitamente ritenuto come fondamentale ai fini della rieducazione del reo. È lecito domandarsi, cioè, come ammettere tale opzione nel momento in cui esplicitamente si afferma che l'affettività è un tassello preziosissimo nel percorso trattamentale, tanto che una sua compressione oltre misura rischia di compromettere l'obiettivo di cui all'art. 27, comma 3, Cost., visto che la "desertificazione affettiva" «è l'esatto opposto della risocializzazione» (§ 4.3.).

Quanto al regime di sorveglianza particolare, se si tiene a mente quanto appena evidenziato, le argomentazioni addotte dalla Corte – *i.e.* la temporaneità del regime e l'inconciliabilità di presupposti applicativi fra l'art. 14 *bis* o.p. e i nuovi colloqui c.d. intimi – pongono alcuni dubbi<sup>15</sup>. In primo luogo, infatti, il lasso di tempo cui si può essere sottoposti a sorveglianza particolare può non essere così breve in ragione delle proroghe ammesse dall'ordinamento penitenziario. In secondo luogo, e soprattutto, la possibilità di fruire di un diritto – fondamentale e «costituente il nocciolo duro della dignità dell'individuo»<sup>16</sup> – non può escludersi per il sol fatto di non aver tenuto un comportamento esemplare all'interno

---

<sup>13</sup> Rileva la dimensione polifonica del dialogo instaurato dalla Corte in questa decisione, osservando come i giudici costituzionali si siano rivolti anche all'opinione pubblica che ha assistito alla vicenda processuale, L. Fabiano, *Abulia legislativa e necessità di garanzie sostanziali in tema di diritti in carcere*, cit.

<sup>14</sup> Con specifico riferimento al trattamento differenziato riservato alle persone al 41 *bis* o.p., si è osservato che «non poteva (e non può) farsi diversamente, apparendo al riguardo preminenti ed indisponibili le ragioni di sicurezza che ostano al suo generalizzato riconoscimento», pur ammettendo che la soluzione prescelta, «trattandosi di un diritto fondamentale, lascia, per vero, l'amaro in bocca» A. Ruggeri, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti*, cit., 163.

Condividendo questa soluzione in passato, pendente il monito del 2012, A. Della Bella, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese*, consultabile sul sito del Ministero della giustizia al [link](#), 6.

<sup>15</sup> Criticano la scelta di escludere le persone sottoposte a sorveglianza particolare dalla fruizione dei colloqui intimi, osservando che, abbracciando l'art. 14 *bis* o.p. una vasta ed eterogenea casistica di condotte, sarebbe stato opportuno consentire un vaglio caso per caso. R. De Vito, *Affettività e sessualità delle persone detenute: da diritti fantasma a diritti effettivi*, in *RIDPP* 2024, 351; e A. Menghini, *Affettività in carcere: gioie e dolori di una sentenza epocale*, cit., 1373-1374.

<sup>16</sup> A. Menghini, *Affettività e sessualità in carcere: una questione di dignità*, in *DPP* 2023, 1197.

dell'istituto. A meno di non volerlo degradare al rango di premio, di pura concessione ai soli "detenuti modello" (v. *infra*).

Relativamente al regime di 41 *bis* o.p., invece, la preclusione della Corte si fonda sulla disciplina totalmente derogatoria dei colloqui prevista alla lett. *b* del comma 2 *quater* della medesima disposizione. La negazione in assoluto e in astratto di un diritto che si assume centrale nel percorso trattamentale, tuttavia, potrebbe rivelarsi anche in questo caso irragionevole e nascondere un'enfatizzazione immotivata delle ragioni di ordine pubblico a scapito di quelle individuali e di cui all'art. 27, comma 3, Cost. Se è vero, infatti, che la *ratio* del regime speciale si rinviene nello scopo di impedire in maniera assoluta i collegamenti tra la persona detenuta e l'organizzazione criminale di appartenenza, è ben possibile che la concessione di una visita intima non costituisca un pericolo effettivo per la sicurezza pubblica, come nell'ipotesi in cui si possa accertare, attraverso un vaglio approfondito e in concreto, l'estraneità del partner della persona detenuta al 41 *bis* a qualsivoglia contesto criminale.

Anche a non voler neppure ammettere e discutere tale ipotesi, c'è qualcosa da aggiungere. Sia pure accogliendo la prospettiva di una valutazione parcellizzata del regime speciale da non prediligere<sup>17</sup>, l'apertura della Corte costituzionale sull'affettività inframuraria costituisce senz'altro uno stimolo quantomeno a rivedere le ordinarie modalità di svolgimento dei colloqui delle persone detenute al 41 *bis* o.p. con i propri cari e altre misure restrittive imposte dal regime – come quella che disciplina in maniera rigidissima e irragionevole finanche le fotografie dei familiari che è possibile tenere con sé<sup>18</sup> – per restituire loro una possibilità effettiva di mantenere vive le relazioni affettive.

2.2. L'esclusione esplicita di alcune categorie di persone ristrette dalla fruizione dei c.d. colloqui intimi non costituisce l'unica ragione di non piena inclusività dell'affettività inframuraria così come tratteggiata nella sentenza n. 10 del 2024. A rendere solo parzialmente pieno tale diritto è anche la scelta dei giudici costituzionali di concentrare l'attenzione unicamente sul rapporto di coppia.

<sup>17</sup> Cfr. A. Pugiotta, *Torniamo alla legalità: aboliamo il 41 bis*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 7.9.2020, 4 ss., che evidenzia in maniera condivisibile come sia arrivato il momento di non concentrare più l'attenzione sulla legittimità delle singole e specifiche misure restrittive di cui si compone il 41 *bis* per affrontare il problema della costituzionalità della stessa previsione del regime speciale.

<sup>18</sup> Cfr. l'art. 13 della circolare del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017, consultabile al [link](#): «è consentito tenere nella propria camera immagini e simboli delle proprie confessioni religiose, nonché fotografie in numero non superiore a 30 e di dimensione non superiore a 20x30. Per ragioni connesse alla sicurezza interna, le fotografie dovranno essere appoggiate sul mobilio con modalità tali da non recare danno allo stesso.

Fatto salvo che per una singola immagine o fotografia di un familiare, è vietata l'affissione alle pareti e su qualsivoglia superficie di immagini, fogli, fotografie e quant'altro possa essere ostativo allo svolgimento dei prescritti e necessari controlli da parte del personale penitenziario ovvero possa recare danno ai beni dell'Amministrazione.

Ogni violazione sarà sanzionata in via disciplinare».

Tale disposizione, peraltro, è stata oggetto di obiezioni critiche da parte del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale: è stato evidenziato come, al pari di altre misure contenute nella circolare, esorbiti dalla funzione attribuita al regime speciale, v. M. Palma, *Rapporto sul regime speciale ex articolo 41-bis co. 2 dell'ordinamento penitenziario*, 2023, consultabile al [link](#), 38. Sul punto, il D.A.P. ha replicato che «la misura delle fotografie risponde a una *ratio* preventiva in linea con la normativa, infatti, detenuti più abbienti e con posizioni di supremazia si doterebbero di formati più grandi rispetto agli altri. Inoltre, formati grandi possono essere esposti in c.d.p. e visibili dalle c.d.p. speculari o da detenuti in transito trasmettendo così messaggi criptici. Si pensi a una foto ritraente un evento conviviale con più persone: le persone potrebbero veicolare la comunicazione di una alleanza rinsaldata o una nuova alleanza». Cfr. documento consultabile al [link](#), 5.

Così facendo, infatti, la Corte finisce per tralasciare completamente un'altra dimensione della sfera affettiva, trascurando la necessità della persona detenuta di coltivare anche le altre relazioni familiari in un contesto diverso dalla visita sottoposta alla sorveglianza visiva del personale di custodia<sup>19</sup>.

Tale scelta di fondo non tiene conto che anche i rapporti con genitori, figli e fratelli si nutrono di fisicità e che la mancanza di questi preziosi momenti d'intimità può essere altrettanto dolorosa per chi è privato della libertà personale<sup>20</sup>.

In più, rischia di produrre esiti pregiudizievole nei confronti di una parte della popolazione detenuta: consentendo di effettuare colloqui intimi solo con il partner, restano escluse le persone detenute che non abbiano una relazione di coppia<sup>21</sup>; considerando unicamente il matrimonio, le unioni civili e la convivenza *more uxorio*, sono tagliate fuori anche quelle che, per scelta o meno, non coabitassero con il proprio compagno o la propria compagna prima dell'arresto.

Non si comprende, insomma, perché, una volta affermata l'importanza di mantenere i legami durante il periodo di detenzione, sia necessario circoscrivere, in astratto e una volta per tutte, il novero di quelli meritevoli d'intimità. La scelta di quali coltivare in un contesto (artificialmente) domestico si dovrebbe, forse, rimettere alle persone ristrette, consentendo loro di assecondare i bisogni propri o familiari e di godere di momenti di riservatezza anche in assenza di un rapporto di coppia.

2.3. Altro profilo della pronuncia in commento che merita particolare attenzione, e magari una revisione in sede legislativa, attiene alle ragioni ostative alla concessione delle nuove visite intime. La Corte ritiene che possano fondare il rigetto dell'istanza «la pericolosità sociale del detenuto», «irregolarità di condotta» e «precedenti disciplinari», soppesati «in una valutazione complessiva» (§ 7).

Tale passaggio argomentativo, discostandosi dall'ordinanza di rimessione in cui si citavano unicamente «ragioni di sicurezza»<sup>22</sup>, dischiude un rischio di non poco conto: quello di «spostare l'asse della valutazione sul profilo della meritevolezza del colloquio intimo, un'ottica tutta premiale che contraddice la natura di diritto inviolabile riconosciuta all'espressione dell'affettività»<sup>23</sup>. Difatti, non è difficile immaginare che, poggiando su questo snodo della sentenza, le motivazioni dei provvedimenti di rigetto finiscano per appiattirsi unicamente sul comportamento riottoso tenuto o sulle infrazioni disciplinari. Senza contare che a decidere sull'accesso o meno a tale tipo di incontri sarà, in prima battuta, il direttore dell'istituto: lo stesso soggetto che delibera le sanzioni disciplinari o che presiede il consiglio di disciplina che le irroga<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Valorizzava le due dimensioni dell'affettività, auspicando – all'indomani del monito della Corte del 2012 – l'introduzione dei due distinti istituti delle visite familiari e degli incontri per la coppia, A. Della Bella, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute*, cit., 1. e 5 ss.

<sup>20</sup> Per una testimonianza resa da una donna detenuta sulla sua esperienza in carcere cfr. F. Bonassi e F. De Marinis, *La detenzione femminile raccontata attraverso gli occhi di una "detenuta comune"*, in *Il carcere visto da dentro. XVIII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione 2022*, consultabile al [link](#).

<sup>21</sup> Pone l'accento su questo profilo critico, osservando come «anche per tali detenuti (e forse, talvolta, ancor più di chi è unito con altri da vincolo stabile) l'opportunità di nuovi incontri intimi (di nuovo: al di là di una dimensione esclusivamente sessuale) potrebbe rappresentare una "mano tesa" da parte della società, nella direzione di autentica risocializzazione», P. Beccari, *Corpi reclusi, nessuna intimità*, cit., 33.

<sup>22</sup> Cfr. T. sorv. Spoleto ord. 14.12.2022 n. 23/2023, cit.

<sup>23</sup> Così A. Menghini, *Affettività in carcere: gioie e dolori di una sentenza epocale*, cit., 1372.

<sup>24</sup> Per evitare che i colloqui intimi si trasformino in uno strumento di disciplinamento, sarebbe forse opportuno *de iure condendo* riservare la decisione circa la possibilità di fruire in concreto dei colloqui intimi al magistrato di sorveglianza, cfr. I. Giugni, *Diritto all'affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai*

Se così fosse, l'affettività inframuraria si trasformerebbe da diritto di ciascuna persona reclusa in mera ricompensa, gentile concessione soltanto per coloro che aderiscano alle regole e alle gerarchie della struttura penitenziaria<sup>25</sup>, trascurando il principio che «un diritto fondamentale vada riconosciuto al detenuto in quanto tale, non sulla base della sua più o meno convinta adesione a percorsi rieducativi, né tantomeno sulla scorta di una generica valutazione del comportamento che lo stesso adotta all'interno dell'istituto»<sup>26</sup>.

2.4. Evidenziati i passaggi meno coerenti della decisione, è possibile concentrarsi su un altro aspetto problematico, derivante non dalla coraggiosa presa di posizione dei giudici costituzionali, ma dal contesto in cui il diritto enucleato dovrebbe trovare applicazione. L'interrogativo è semplice, finanche banale: quali spazi d'intimità vi possono essere – a legislazione e spesa invariate – nelle carceri del nostro paese?

Com'è noto, gli istituti penitenziari italiani soffrono di cronico e crescente sovraffollamento – il cui tasso medio si assesta al 119,3% secondo le ultime rilevazioni<sup>27</sup> – e presentano spazi e dotazioni spesso insufficienti a garantire condizioni di detenzione dignitose alle persone che li abitano.

In istituti in cui non sono garantiti i 3 metri quadri calpestabili per ristretto (ancora il 28,3 %), non è assicurata la fornitura di acqua calda per tutto il giorno (47,5%), le celle sono prive di doccia (48,5%) e il wc non è separato dall'ambiente circostante (6,1%)<sup>28</sup>, sembra difficile anche solo individuare degli spazi da ripensare e dedicare all'affettività inframuraria. In assenza di uno stanziamento di fondi apposito, è ben possibile che il *budget* di cui dispongono i singoli istituti sia destinato a migliorie e interventi di riparazione ritenuti, anche a ragione, più urgenti.

---

colloqui intimi in carcere, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 2.2.2024.

<sup>25</sup> Così pure R. De Vito, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l'affettività in carcere*, cit., che osserva: «sarà decisivo (...) che quella premialità che la Corte ha fatto uscire dalla porta, non rientri dalla finestra attraverso l'allargamento a dismisura delle ragioni di sicurezza, ordine e disciplina ostative ai colloqui intimi». Prima della sentenza n. 10/2024, peraltro, tale criticità era già stata evidenziata relativamente al godimento dell'affettività per il sol tramite del permesso premio da A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto*, cit., 35 ss., e da A. Menghini, *Affettività e sessualità in carcere: una questione di dignità*, cit., 1196.

Ritiene, invece, che l'ampliamento delle ragioni ostative operato dalla Corte non risulti problematico, dal momento che nella stessa sentenza si prescrive di tenere conto di eventuali infrazioni in una valutazione complessiva, imponendo, dunque, di motivare l'incidenza negativa che il singolo illecito disciplinare possa avere sulla fruizione del colloquio intimo, S. Talini, *L'intimità quale diritto inviolabile «anche» negli istituti penitenziari. Considerazioni a margine della sent. n. 10/2024*, cit., 182.

<sup>26</sup> Così A. Menghini, *Affettività in carcere: gioie e dolori di una sentenza epocale*, cit., 1373.

<sup>27</sup> Cfr. *Nodo alla gola. XX Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, sezione *I numeri della detenzione 2024*, consultabile al [link](#).

Il tasso medio di sovraffollamento, peraltro, risulta di regola ancora più alto negli istituti e nelle sezioni femminili, rendendo evidente un paradosso: le donne recluse, pur rappresentando una percentuale bassissima della popolazione detenuta italiana e, dunque, non contribuendo al sovraffollamento delle strutture penitenziarie, ne patiscono gli effetti più degli uomini ristretti, cfr. S. Marietti, *I numeri della detenzione femminile: poche e poco criminali*, in *Dalla parte di Antigone. Primo rapporto di Antigone sulle donne detenute in Italia 2023*, consultabile al [link](#).

<sup>28</sup> I dati si riferiscono al campione di 99 istituti penitenziari per adulti visitati nell'anno 2023 dall'Osservatorio dell'Associazione Antigone, cfr. *Nodo alla gola. XX Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, sezione *La nostra osservazione diretta*, consultabile al [link](#).

Quand'anche, poi, si dovessero riuscire a rintracciare fortunosamente taluni locali da destinare all'intimità, tale soluzione finirebbe per riguardare questo o quell'istituto. Di fatto, dunque, la decisione in commento produrrebbe un'affermazione del nuovo diritto all'affettività inframuraria «a macchia di leopardo»<sup>29</sup>, determinando, cioè, disparità di trattamento difficilmente giustificabili, non soltanto nei confronti delle persone detenute, ma anche dei loro partner.

3. Come evidenziato in apertura, era il gennaio del 2024 quando le motivazioni della sentenza n. 10 venivano pubblicate. Da allora – ed è trascorso già un anno – in nessun istituto del paese sono stati effettuati colloqui intimi<sup>30</sup>, confermando i timori di dilazioni attuative segnalati sin da principio da parte della dottrina<sup>31</sup>.

La rivoluzione immaginata dalla Corte costituzionale resta, purtroppo, ancora sulla carta, e il diritto all'affettività inframuraria riconosciuto alle persone ristrette e ai loro cari<sup>32</sup> solamente virtuale.

Eppure, il tempo trascorso invano non può valere a sterilizzare il valore di una decisione di portata storica. Anzi, preme affinché questo colpevole ritardo sia colmato il prima possibile, come recentemente auspicato anche dal coordinamento nazionale dei magistrati di sorveglianza<sup>33</sup>.

In questo senso, un'accelerazione potrebbe essere impressa da una recentissima decisione della Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da una persona ristretta presso la casa di reclusione di Asti avverso la declaratoria d'inammissibilità del reclamo *ex art. 35 bis* o.p. relativo al diniego di un colloquio intimo<sup>34</sup>.

Il giudice di sorveglianza aveva motivato il rigetto in rito sostenendo che l'istanza avanzata vertesse non su un vero e proprio diritto, ma su una mera aspettativa della persona detenuta non tutelabile in via giurisdizionale. La Cassazione ha invece restituito vigore alla decisione n. 10 del 2024, affermando a chiare lettere che «non può ritenersi che la richiesta di poter svolgere colloqui con la propria moglie in condizioni di intimità, avanzata dal detenuto ricorrente, costituisca una mera aspettativa», dal momento che tali colloqui costituiscono «una legittima espressione del diritto all'affettività e alla coltivazione dei rapporti familiari» e possono essere

---

<sup>29</sup> Così A. Ruggeri, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti*, cit., 162.

<sup>30</sup> Una sperimentazione era stata annunciata nell'istituto "Due Palazzi" di Padova, ma è stata successivamente smentita e osteggiata pubblicamente dal Sottosegretario alla giustizia Andrea Ostellari, cfr. L. Attianese, *Nel carcere di Padova si sperimentano le 'stanze dell'amore'. Ostellari: 'Propaganda'*, pubblicato su [ww.ansa.it](http://www.ansa.it) in data 23.2.2024, e consultabile al [link](#).

Si sono, invece, perse le tracce del gruppo multidisciplinare per l'attuazione della sentenza n. 10/2024, la cui creazione era stata annunciata dal Ministro della Giustizia Nordio nel *question time* tenutosi mercoledì 27 marzo 2024 alla Camera (cfr. la registrazione della seduta al [link](#)).

<sup>31</sup> Cfr. A. Ruggeri, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti*, cit., 162; A. Pugiotta, *Amore dietro le sbarre: la Costituzione bussa ai cancelli della prigione*, cit., 5.

<sup>32</sup> Non v'è dubbio che nella sentenza n. 10 del 2024 i giudici costituzionali abbiano dimostrato una grandissima sensibilità non soltanto nei confronti delle persone ristrette, ma anche dei loro cari (cfr. in particolare § 4.2. ss. della pronuncia). Osserva, infatti, che tale decisione abbia sancito «il definitivo superamento dell'approccio centrato sul condannato, riconoscibile nel volto più classico della normativa penitenziaria» M. Galli, *Gli effetti collaterali della pena*, Torino 2024, 190, nell'ambito di un lavoro che affronta ampiamente il tema sino ad oggi trascurato degli effetti della pena oltre la sfera dei suoi destinatari.

<sup>33</sup> Cfr. Comunicato sulla sentenza della Consulta 10/2024 pubblicato il 24.10.2024 sul sito del CONAMS e consultabile al [link](#).

<sup>34</sup> Cass. 11.12.2024 n.8/2025, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 5.1.2025.

negati solo per ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, o per ragioni giudiziarie, nel caso di persona detenuta in custodia cautelare<sup>35</sup>.

È auspicabile, allora, che tale decisione della Suprema Corte riporti al centro del dibattito il tema dell'affettività inframuraria, sollecitando i diversi destinatari della sentenza n. 10 del 2024 rimasti sinora inerti: l'amministrazione penitenziaria, affinché si faccia carico dell'inveramento del principio affermato dai giudici costituzionali *rebus sic stantibus*; la magistratura di sorveglianza, affinché pungoli le direzioni degli istituti con gli strumenti a sua disposizione<sup>36</sup>; le Camere, affinché intervengano in una prospettiva di sistema, non soltanto rimediando *in itinere* agli squilibri derivanti dalla fucinatura giudiziaria del diritto evidenziati *supra*, ma affrontando seriamente la perenne "emergenza carcere" che attanaglia il nostro paese<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Con questa motivazione i giudici di legittimità hanno annullato il provvedimento impugnato e imposto al magistrato di sorveglianza di Torino il vaglio nel merito del reclamo proposto dalla persona detenuta.

<sup>36</sup> Vale a dire, il reclamo giurisdizionale e l'eventuale giudizio di ottemperanza, indicati sin da subito come «la via privilegiata, se non unica,» per rendere effettiva la sentenza n. 10/2024 da M. Bortolato, *Il diritto all'intimità del colloquio: osservazioni a Corte cost. 10/2024*, cit., 108.

<sup>37</sup> Osserva che «la logica dei diritti non è di reciproca esclusione, ma di coesistenza», e che pertanto «l'attuazione della sent. n. 10/2024 costringerà a sciogliere anche altri nodi irrisolti: su tutti, quello di «strutture già gravate da persistenti problemi di sovraffollamento», A. Pugiotto, *Amore dietro le sbarre: la Costituzione bussava ai cancelli della prigione*, cit., 5.



## OLTRE LA PERSONA DETENUTA: CARCERE, EFFETTI COLLATERALI E DIRITTI DEI TERZI

di Martina Galli (*Ricercatrice in Diritto penale, Università degli Studi della Tuscia*)

La sofferenza del carcere non riguarda le sole persone detenute. Anche terze persone a queste legate esistenzialmente patiscono deprivazioni di ordine morale e materiale; sebbene in via indiretta, i loro diritti (es. al rapporto genitoriale, alla salute, all'affettività) possono vedersi gravemente conculcati. Pur non ignorato, il problema dei c.d. "effetti collaterali" del carcere incontra limiti normativi molto rigidi. Tuttavia, l'idea che la proporzionalità della pena debba essere valutata anche alla luce degli interessi dei terzi ha iniziato a farsi strada nelle Corti dei diritti. Da qui si schiudono nuovi percorsi verso un utilizzo sempre più parsimonioso e umanamente sostenibile del carcere.

The suffering of prison does not only affect prisoners. Other people who are existentially linked to them also suffer moral and material deprivation; even if indirectly, their rights (e.g. to parental relations, to health, to affectivity) can be severely compromised. Although not ignored, the problem of the so-called 'collateral effects' of imprisonment is subject to very strict legal limits. However, the idea that the proportionality of punishment must also be assessed in the light of the interests of third parties has begun to find its way into the courts. This opens up new avenues for an increasingly sparing and humane use of prison.

SOMMARIO: Sommario: 1. In premessa: l'incidenza collaterale della pena carceraria come sentiero critico. – 2. Il carcere come dispositivo isolante e il connesso mito dell'individualità della pena. – 3. I terzi nella commisurazione della pena carceraria: uno sguardo alle norme. – 4. Carcere e terzi nelle pronunce delle Corti dei diritti. – 4.1. I diritti dei terzi nella cornice dei principi: proporzionalità, rieducazione e umanità della pena. – 5. In conclusione

1. Pur muovendo entro il perimetro del tema "*Spazi di privazione della libertà personale e diritti delle persone ristrette*"<sup>1</sup>, la presente riflessione propone uno spostamento focale: dai diritti della persona direttamente interessata dalla pena detentiva, lo sguardo si dirige sui diritti dei soggetti che le sono prossimi; soggetti che, in virtù di legami affettivi o di altro tipo, indirettamente soffrono l'esperienza carceraria.

L'intento è evidenziare un sentiero critico sicuramente laterale e secondario, ma meritevole di mappatura, se non altro perché – come vedremo – già in parte segnato in via normativa e frequentato dalle Corti dei diritti. Prima d'immettersi sul sentiero, conviene avere chiare due coordinate, relative al punto di avvio e al punto di arrivo.

Per quanto la traiettoria percorsa sia "laterale", il punto di avvio è piuttosto classico. Infatti, come d'abitudine nella materia d'interesse, la riflessione prende le mosse dall'osservazione del divario che separa la *realtà* carceraria, l'*essere* del carcere, dal *dover essere* che storicamente lo ha legittimato come pena assolutamente centrale<sup>2</sup>. Per intendersi: dal dovere essere una pena

<sup>1</sup> Questo il titolo del Convegno AIPDP-DiPLaP, organizzato in collaborazione con l'Università degli Studi di Firenze, tenutosi a Firenze in data 4.10.2024. Una prima versione del testo della relazione presentata dall'A. in tale sede è stata pubblicata all'interno della rivista [www.dirittodidifesa.eu](http://www.dirittodidifesa.eu) in data 28.10.2024. Si ringraziano le due Riviste per avere consentito la doppia pubblicazione.

<sup>2</sup> Cfr. per tutti M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (1975), trad. it. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino 2014, 282 ss. e in part. 292; T. Padovani, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano 1982, 8 ss. e in part. 16 nonché Id., *Il carcere fra storia e ragione*, in *Rass. penit. e criminol.* 2002, numero speciale (*Carcere: esperienze e documenti*). La ristampa

*utile* in quanto capace di prevenire i reati e rieducare, molto presto si è capito che il carcere tende, in verità, a presentarsi come una «*scuola pubblica di perversità*»<sup>3</sup>, infettata del «*veleno del reato*» che i detenuti si scambiano<sup>4</sup>; dal dover essere la pena più *uguale* di tutte perché incisiva di un bene – la libertà personale – comune a ogni persona, si è notato, specie in ambito neomarxista, come il carcere finisse per riprodurre *gravi disuguaglianze sociali*<sup>5</sup>; dal dover essere una pena essenzialmente *limitativa della libertà personale*, si è capito che *molti altri sono i diritti* della persona detenuta incisi (salute, educazione, affettività e via dicendo), in maniera peraltro dissimile a seconda delle caratteristiche personali del soggetto<sup>6</sup>: ciò che complica grandemente anche l'idea della perfetta graduabilità della detenzione, ancorata primariamente al parametro della durata.

Qui ci occupiamo di un altrettanto tradizionale, benché meno indagato, errore prospettico: quello del carcere come pena “individuale”. Il *mito della detenzione come pena personalissima* rappresenta, dunque, il nostro punto di partenza: ci torneremo tra un momento.

Quanto all'arrivo, teniamo a evidenziare che la riflessione, pur tracciando una linea “larga” inclusiva del contesto socio-familiare, alla *meta* trova sempre la persona detenuta: chi più direttamente subisce la sofferenza dell'esperienza carceraria rimane protagonista di uno sforzo riformatore che accoglie, però, anche altri soggetti collateralmente incisi dalla pena. Le prerogative dei detenuti si vedono valorizzate assieme a quelle di chi li affianca, in una *dimensione estesa* che realizza, in maniera integrata, l'idea di parsimonia punitiva veicolata dai principi di *proporzione*, di *rieducazione* e di *umanità della pena*.

2. Torniamo dunque al punto di partenza, ossia alla *falsa associazione tra carcere come dispositivo isolante e individualità della pena*.

Il carcere con tutta evidenza si pone all'antitesi delle pene “collettive”, o a ricaduta collettiva (come la confisca generale dei beni)<sup>7</sup>, tendenzialmente rifiutate dai riformatori sette-

---

anastatica de «Il Ponte», marzo 1949), 13 ss.

<sup>3</sup> J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses* (1775), t. I, Parigi 1825, 44.

<sup>4</sup> J.-P. Brissot de Warville, *Théorie des lois criminelles* (1781), t. I, Parigi 1865, 172.

<sup>5</sup> Cfr. ad es. G. Rusche, O. Kirchheimer, *Punishment and Social Structure* (1968), trad. it. *Pena e struttura sociale*, Bologna 1978, 83 e *passim*; D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna 1977, *passim*; M. Pavarini, *La pena “utile”, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo*, in *Rass. penit. criminol.* 1983, in part. 29 ss.

<sup>6</sup> Alludiamo, dunque, all'insieme delle deprivazioni ulteriori rispetto alla pura restrizione della libertà personale, che nondimeno a questa vanno fatalmente ad associarsi, incidendo su quelli che il Professor Francesco Palazzo, nell'ambito della relazione conclusiva del Convegno, ha eloquentemente definito come “diritti residui” rispetto allo *status captivitatatis*. Nella letteratura anglosassone, gli effetti del carcere aggiuntivi rispetto al contenuto di sofferenza “di base” consistente nella privazione della libertà personale (che potranno, peraltro, accompagnare il condannato nella vita post-carceraria, limitando le *chances* di recupero alla relazionalità e socialità), sono anche noti come ‘*collateral effects*’ of imprisonment: v. ad es. M. Tonry, J. Petersilia, *American Prisons at the Beginning of the Twenty-First Century*, in *Crime & Just.* 1999, 5 ss.; W.A. Logan, *Informal Collateral Consequences*, in *Wash. L. Rev.* 2013, 1103 ss.; D.S. Kirk., S. Wakefield, *Collateral Consequences of Punishment: A Critical Review and Path Forward*, in *Ann. Rev. Criminology* 2018, 171 ss. Sul tema cfr. anche J.-M. Silva Sánchez, *Efectos colaterales de la prisión*, in *InDret* 2016, 1 ss.

<sup>7</sup> Ben nota è l'invettiva di Cesare Beccaria contro la confisca generale dei beni in quanto misura «che lusinga col bene momentaneo e colla felicità di alcuni illustri, sprezzando l'estermio futuro e le lacrime d'infiniti oscuri»; notando altresì come le confische «mettono un prezzo sulle teste dei deboli, fanno soffrire all'innocente la pena del reo e pongono gl'innocenti medesimi nella disperata necessità di commettere i delitti» (C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* [1786], Torino 1965, 75). Alle critiche beccariane si associano quelle di Brissot de Warville, nonché dei penalisti italiani Luigi Cremani, Tommaso Nani e Giovanni Carmignani, in uno con l'elogio alla scelta di Pietro Leopoldo di procedere alla completa soppressione di qualsiasi confisca all'interno della celeberrima riforma del 1786 (la c.d. “Leopoldina”). Cfr. R. Isotton, *Brevi note sulla publicatio bonorum fra diritto comune e*

ottocenteschi per l'evidente disutilità e inumanità. Piuttosto che propagarsi lungo le relazioni del reo, le spezza; piuttosto che attrarre i terzi nella punizione, isola il soggetto che merita la condanna. Nel momento storico in cui il principio di personalità della pena va consolidandosi, il fatto di incidere su un bene personalissimo come il corpo veste il carcere di un apparente vantaggio.

E però, non è certo isolando il corpo, costringendo la persona alla solitudine, che il carcere riesce anche ad arginare la sofferenza a quella sola persona. Ce lo ricorda Charles Lucas, citato anche da Foucault<sup>8</sup>, laddove osserva che «*Il medesimo decreto che invia il capo famiglia in prigione, riduce ogni giorno la madre all'indigenza, i figli all'abbandono, la famiglia intera al vagabondaggio e alla mendicizia*»<sup>9</sup>. D'altra parte, la prospettiva di Lucas non era segnata da una preoccupazione per gli interessi dei terzi collateralmente incisi. L'intento era, semmai, di segnalare un "effetto criminogeno" del carcere fuori dal carcere: l'immiserimento delle famiglie minaccia «*di dare principio a una discendenza*»<sup>10</sup>.

Il meccanismo di fondo era, comunque, già svelato: come descriverà più avanti Ervin Goffman in *Asylums*, il carcere, nell'inglobare la persona, tende a interrompere le relazioni affettive e sociali che la legano a terzi, con inevitabile pregiudizio anche per questi ultimi<sup>11</sup>.

Sarà poi tutto un filone di letteratura sociologica e criminologica – in particolare statunitense, sviluppatosi sulla scia del fenomeno del c.d. *mass incarceration* – a descrivere, anche mediante analisi empiriche, i riflessi negativi del carcere su terzi innocenti: dallo shock psicologico della separazione, passando per la stigmatizzazione sociale, si arriva alle deprivazioni emotive e materiali in termini di finanze, occupazione, alloggio<sup>12</sup>.

Questi studi definitivamente mostrano come la realtà del carcere finisca per trasformare il mito della pena detentiva "individuale" nel suo rovescio. Benché – a ben vedere – nessuna pena, intesa come esperienza di sofferenza, riesca a confinarsi al solo destinatario<sup>13</sup> (a meno che non

---

*codificazioni moderne. Verso l'abolizione o un "eterno ritorno"?*, in *Mélanges de l'École française de Rome - Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* 2017, 239 ss.

<sup>8</sup> M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, op. cit., 295.

<sup>9</sup> C. Lucas, *De la réforme des prisons, ou De la théorie de l'emprisonnement, de ses principes, de ses moyens, et de ses conditions pratiques*, t. II, Parigi 1838, 64.

<sup>10</sup> *Ibidem*. Può essere curioso osservare come tra le giustificazioni che, nell'articolo 3 del Codice francese del 1971 sulla pena di morte, avevano sorretto la tecnica della decapitazione in luogo ad es. della forca, vi fosse – oltre all'uguaglianza e alla maggiore umanità legata all'istantaneità del decesso – il fatto di essere «castigo per il solo condannato, poiché la decapitazione, pena dei nobili, è la meno infamante per la famiglia del criminale»: cfr., ancora, M. Foucault, *Sorvegliare e punire*, op. cit., 15.

<sup>11</sup> E. Goffman, *Asylums. Essays on the Condition of the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates* (1961), trad. it. *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino 1968, 33 ss.

<sup>12</sup> Ci limitiamo a citare M. Comfort, *Punishment Beyond the Legal Offender*, in *Ann. Rev. L. & Soc. Sci.* 2007, 271 ss.; R. Manning, *Punishing the Innocent: Children of Incarcerated and Detained Parents*, in *Crim. Just. Ethics* 2011, 267 ss.; J.A. Arditti, *Parental Incarceration and the Family: Psychological and Social Effects of Imprisonment on Children, Parents, and Care-Givers*, New York 2012, *passim*; S. Minson, *Direct harms and social Consequences: An analysis of the impact of maternal imprisonment on dependent children in England and Wales*, in *Criminol. Crim. Justice* 2018, 519 ss. Allargando la prospettiva agli effetti negativi di comunità, ad es. J.P. Lynch, W.J. Sabol, *Assessing the Effects of Mass Incarceration on Informal Social Control in Communities*, in *Criminology & Pub. Pol'y* 2004, 267 ss.; D.R. Rose, T.R. Clear, *Incarceration, Reentry and Social Capital: Social Networks in the Balance*, in J. Travis, M. Waul (a cura di), *Prisoners once Removed: The Impact of Incarceration and Reentry on Children, Families and Communities*, New York 2003, 313 ss.

<sup>13</sup> Come ci ricordano le nitide parole di Cesare Pedrazzi: «la pena si caratterizza come intenzionalmente afflittiva: colpisce il condannato (ma inevitabilmente il sacrificio coinvolge le persone a lui vicine)» (C. Pedrazzi, voce *Diritto penale*, in *DigDPen IV* 1990, 64).

si tratti di una improbabile monade<sup>14</sup>), il carcere presenta una dannosità collaterale particolarmente elevata.

Allora, la domanda per il penalista è *se in questa dannosità collaterale*, in cui si rispecchiano gravi limitazioni di diritti fondamentali (all'affettività, all'educazione, alla salute, etc.), *sia da rintracciarsi un limite all'irrogazione della pena carceraria e alle modalità della sua esecuzione*.

3. Per rispondere, si può partire dall'osservazione del panorama normativo.

Limitandoci al paesaggio nostrano, può dirsi che gli interessi dei terzi *non* influenzano *direttamente* le decisioni relative all'irrogazione e alle modalità di esecuzione della pena carceraria. I criteri generali che dominano la *commisurazione* in sede giudiziale (il riferimento è all'art. 133 Cp) hanno carattere reo-centrico, essendo ancorati alla *gravità del reato* e alla *capacità a delinquere*. Rimangono estranee alla valutazione le ricadute del carcere sui terzi<sup>15</sup>. Al più, questi ultimi assumono un ruolo al fine di ricostruire il contesto socio-familiare del reo e, in relazione a questo, la capacità special-preventiva della pena.

Ciò a differenza – conviene segnalarlo – di quanto accade in diversi ordinamenti di *common law*, su tutti quello del Regno Unito. In questo ordinamento, il rischio di effetti negativi sui c.d. *dependants* (familiari e altri terzi legati al reo da rapporti di cura o di altro tipo) incide sulla determinazione della pena già in fase di *sentencing*. In particolare, il fatto di essere il condannato alla pena carceraria l'unico o principale *caregiver*, può determinare un'ipotesi di c.d. *departure*, che consente al giudice di discostarsi dal limite di durata minimo dell'incarcerazione ovvero di optare per una pena di specie diversa, come il *community order*<sup>16</sup>. A sua volta, la legge penitenziaria guarda prevalentemente al condannato e al diritto a mantenere i rapporti familiari che a questi pertiene. La disciplina relativa ad allocazione e trasferimenti, colloqui, visite, corrispondenza e altre tipologie di contatti con l'esterno, così come quella relativa alle misure alternative, segue esigenze di *reinserimento sociale e individualizzazione* scolpite nell'art. 1 co. 2 Op; esigenze che non possono che riguardare la persona condannata.

Di conseguenza, l'idea rieducativa fa sì che i terzi entrino nell'orbita di interesse dell'ordinamento non in via diretta e autonoma bensì in via *indiretta*, attraverso il *medium* della persona detenuta, in qualità di veicoli di "risocializzazione". Anche le *Regole penitenziarie europee*, pur contenendo vari riferimenti ai familiari, in particolare nella sezione di commento, appaiono rivolte essenzialmente ai detenuti, trascurando il significativo impatto sulle famiglie<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> L'unico caso escluso sarebbe quello di «applicazione della pena a improbabili soggetti privi di qualsiasi radicamento nel contesto sociale, autentiche "monadi" capaci di contenere l'afflizione della pena nei confini di una desolante solitudine esistenziale»: cfr. G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano 2008, 42.

<sup>15</sup> Impossibile tacere sulla discrepanza con il sistema delle persone giuridiche, dove la pena più grave, ossia la pena interdittiva, può essere sostituita con il commissariamento giudiziale *ex art. 15 d. lgs. 231/2001*, qualora suscettibile di provocare l'interruzione dell'attività dell'ente e, per conseguenza, gravi ricadute in termini occupazionali, produttivi e di fruizione di servizi essenziali.

<sup>16</sup> E ciò grazie alle indicazioni contenute in una serie di linee guida: le *Expanded Explanations* alla *General Guideline* (in vigore dal 1 ottobre 2019 e reperibili in [www.sentencingcouncil.org.uk](http://www.sentencingcouncil.org.uk)), con particolare riguardo alla sezione intitolata "*Factors reducing seriousness or reflecting personal mitigation - Sole or primary carer for dependants relatives*"; la *Imposition of Community and Custodial Sentences Guideline* (in vigore dal 1 febbraio 2017 e reperibile all'indirizzo appena indicato); l'*Equal Treatment Bench Book* (reperibile sul sito [www.judiciary.uk](http://www.judiciary.uk) nell'ultima versione che data luglio 2024).

<sup>17</sup> Cfr. J. Matthews, *Forgotten Victims. How Prison Affects the Family*, Londra 1983. Inoltre, R. Light, B. Campbell, *Prisoners' Families: Still Forgotten Victims?*, in *J. Soc. Wel. & Fam. L.* 2006, 297 ss.; C. Albano, *La famiglia del detenuto come vittima*, in *Rivista di servizio sociale* 1985, 29 ss.

Non mancano, comunque, ipotesi in cui gli interessi di soggetti terzi rilevano *direttamente*. Così, in particolare, quando la pena carceraria sia applicata a detenute madri (o, in via residuale, a padri). L'ordinamento, anche seguendo le indicazioni sovranazionali in tema di *best interest of child*, si mostra sensibile agli interessi primari dei figli minori e *direttamente* li protegge<sup>18</sup>, evitando sia il distacco genitoriale, sia il contatto con l'ambiente carcerario. Da qui, la disciplina del differimento dell'esecuzione delle pene non pecuniarie (artt. 146 e 147 Cp), presente invero sin dall'introduzione del codice Rocco; e da qui le varie previsioni normative che, dalla c.d. legge "Gozzini" (l. n. 663/1986) in poi, hanno tentato di estendere la tutela del rapporto genitoriale favorendo modelli di detenzione extramuraria (artt. 47-ter ss. Op), anche in caso di carcerazione preventiva (art. 275 co. 4 Cp)<sup>19</sup>.

All'interno di questo complesso di norme, la necessità del carcere immediatamente si confronta con interessi formalmente estranei alla dinamica punitiva, nell'ambito di un bilanciamento legislativo: si riconosce la dannosità collaterale del carcere e si cerca di ridurla. Tuttavia, tale riconoscimento è limitato a casi che superano soglie molto elevate di irragionevolezza: oltre ai figli minori, solo i coniugi con disabilità grave sembrano oggetto di una qualche considerazione legislativa, ad esempio nell'ambito dei permessi di visita (art. 21-ter Op). I limiti di rilevanza degli interessi sono rigidi e non lasciano margini di manovra al giudice: persino quando si tratta di minori, i benefici sono previsti per soglie di età fisse, e comunque si esauriscono al compimento dei dieci anni (sei in caso di carcerazione preventiva).

4. Questo stato delle cose, però, è oggi messo in discussione dalle Corti dei diritti.

Con la sentenza della Grande Camera *Dickson c. Regno Unito* del 2007<sup>20</sup> in materia di accesso alla procreazione medicalmente assistita, la Corte EDU ha proposto di vagliare la *proporzionalità* delle restrizioni legate al carcere, mettendo in bilanciamento le esigenze di sicurezza non solo con gli interessi della persona ristretta nella libertà personale, ma anche con il diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU) dei terzi, nel caso di specie il coniuge; terzi, dunque, non esclusivamente minori, secondo un approccio caso per caso e privo di limitazioni *a priori*.

L'approccio appena descritto è stato apertamente fatto proprio anche dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 10/2024 sulla affettività in carcere<sup>21</sup>. Ora, non vi è dubbio che la sentenza sia focalizzata sulle sofferenze ingiustamente patite dalla persona detenuta. La privazione dell'affettività, *sub specie* della sessualità, a causa dell'obbligo di controllo visivo rappresenta un contenuto punitivo aggiuntivo rispetto alla "pura" privazione della libertà personale che, se non mitigato quando possibile, appare sproporzionato e contrario al principio rieducativo.

<sup>18</sup> Un altro, significativo, ambito in cui gli interessi dei minori entrano direttamente nel processo di commisurazione è rappresentato dall'applicazione delle pene accessorie della sospensione e decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 34 Cp). Ciò avviene, in particolare, grazie a una stringa di sentenze della Corte costituzionale in materia: smentendo un precedente indirizzo (C. cost., ord. 9.6.1988 n. 723), esse hanno eliminato l'automatismo applicativo che, da codice, presiederebbe le pene anzidette, chiedendo al giudice di procedere a una valutazione caso per caso circa la dannosità della pena per i minori coinvolti: C. cost., 23.2.2012 n. 31; C. cost., 16.1.2013 n. 7; C. cost., 29.5.2020 n. 102.

<sup>19</sup> Per un quadro complessivo delle evoluzioni normative in materia, rinviamo a P. Bernazzani, C. Bray, *Detenzione e tutela del rapporto con i figli minori*, in G. Fidelbo (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, Torino 2021, 929 ss.

<sup>20</sup> C. eur. GC, 4.12.2007, *Dickson c. Regno Unito*.

<sup>21</sup> C. cost., 6.12.2023 (dep. 26.1.2024) n. 10, su cui v., *ex multis*, R. De Vito, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l'affettività in carcere*, in *QuestG*, 5.2.2024 e I. Giugni, *Affettività in carcere. Note in attesa dell'attuazione di Corte cost., sentenza n. 10 del 2024*, in *Osservatorio AIC* 2024, 286 ss.

A questa prospettiva se ne affianca tuttavia un'altra. Gli effetti collaterali dell'incarcerazione, in quanto incisivi di diritti dei terzi, non solo entrano nel campo visivo del giudice delle leggi, ma anch'essi direttamente partecipano al giudizio di proporzionalità.

Al § 4.2, la Corte infatti osserva che «un ulteriore profilo di irragionevolezza delle restrizioni imposte all'espressione dell'affettività [...] riguarda il loro riverberarsi sulle persone che, legate al detenuto da stabile relazione affettiva, vengono limitate nella possibilità di coltivare il rapporto, anche per anni». E aggiunge: «Per quanto in certa misura sia inevitabile che le persone affettivamente legate al detenuto patiscano le conseguenze fattuali delle restrizioni carcerarie a lui imposte, tale riflesso soggettivo diviene incongruo quando la restrizione stessa non sia necessaria».

4.1. Con questa pronuncia, dunque, la base del giudizio di proporzionalità in senso stretto<sup>22</sup> della pena carceraria si allarga, per incorporare il sacrificio che in via di fatto anche i terzi sperimentano: il coniuge in questo caso, ma anche eventuali figli della coppia, i quali – come con grande sensibilità aveva notato il giudice rimettente – vantano un diritto «alla serenità del rapporto di coppia dei genitori, condizione non secondaria allo sviluppo della propria personalità»<sup>23</sup>.

Il *principio di proporzionalità* lavora assieme ad altri.

Sicuramente va a braccetto con il *principio rieducativo*, se è vero – come vari studi a carattere empirico-criminologico dimostrano<sup>24</sup> – che preservare l'ambiente sociale di riferimento della persona condannata significa, almeno in linea generale, aumentare le *chances* di recupero e reinserimento sociale. Del resto, come nota il *Rapporto Antigone 2023*, nel partner e nei figli tipicamente si concentrano prospettive e speranze, promesse di riscatto<sup>25</sup>. La stessa Corte costituzionale ci ricorda che «la “desertificazione affettiva” [...] è l'esatto opposto della risocializzazione»<sup>26</sup>.

L'idea rieducativa di cui all'art. 27 co. 3 Cost. viene in gioco anche sotto il profilo dell'avvicinamento del reo alle ragioni punitive. Difatti, notoriamente una pena eccessivamente dannosa nei confronti di soggetti innocenti ha scarse probabilità di apparire giusta e meritata; invece, ha ottime probabilità di apparire eccessivamente afflittiva, con il rischio che la persona condannata sviluppi, o acuisca, un antagonismo con il sistema<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. per tutti N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, in part. 174 ss.

<sup>23</sup> Cfr. Ufficio di Sorveglianza di Spoleto, ord. 12.1.2023, n. 23, a pagina 7.

<sup>24</sup> Sul ruolo delle famiglie come “catalizzatori di risocializzazione”, v. ad es. J. Laule, *Berücksichtigung von Angehörigen bei der Auswahl und Vollstreckung von Sanktionen*, Duncker & Humboldt 2009, 9 ss.; C. Montagne, *Lien familial et droit pénal. Thèse*, Grenoble 2015, 583 ss.; R. Light, *Why Support Prisoners' Family-Tie Groups?*, in *How. L.J.* 1993, 322 ss. Per una visione più critica: G. De Coninck, *La famille du detenu: de la suspicion à l'idealisation*, in *Déviance Société* 1982, 83 ss.; F. Mégret, *Punir les coupables, punir leur familles? Le point de vue canadien*, in *Les cahiers de la justice* 2018, 529 ss. Per una posizione più aperta: R. Canton, *Una visione olistica di probation, reinserimento sociale e vita familiare (intervista)*, in *Giornale Europeo della genitorialità reclusa. Reinserimento sociale e legami familiari* 2016, 8 ss.

<sup>25</sup> Cfr. E. Paoletti, M.S. Costantini, *Sradicati. I trasferimenti delle persone detenute. IXX rapporto Antigone sulle condizioni di detenzione*, in [www.rapportoantigone.it](http://www.rapportoantigone.it), 29.5.2023.

<sup>26</sup> C. cost., 6.12.2023, cit., al § 4.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>27</sup> «Una pena sproporzionata alla gravità del fatto rischierebbe invero di venire avvertita come intollerabilmente afflittiva ed “ingiusta”, stimolando in colui che dovrà subirla un atteggiamento di reazione, di rifiuto, di ribellione verso quel sistema che ha permesso di praticare nei suoi confronti un trattamento penale irragionevolmente severo»: G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2022, 25. Ma v. anche C. cost., 6.12.2023, cit., sempre al § 4.3 del *Considerato in diritto*, questa volta laddove osserva che «L'intimità degli affetti non può essere sacrificata dall'esecuzione penale oltre la misura del necessario, venendo altrimenti percepita la sanzione come esageratamente afflittiva, sì da non poter tendere all'obiettivo della risocializzazione».

È chiaro, comunque, che fintantoché si discute di rieducazione della persona condannata i diritti dei terzi vengono in gioco solo indirettamente. Tornano invece direttamente in gioco quando il principio in esame è *l'umanità della pena*.

Ora, non vi è dubbio che l'umanità della pena sia garanzia pensata per assistere in via privilegiata la persona condannata. La connessione con l'ideale rieducativo, e dunque con un finalismo orientato sul reo, è strettissima, anzi indissociabile<sup>28</sup>; così come serrata è la connessione con il divieto di violenze fisiche e morali su persone ristrette nella loro libertà di cui all'art. 13 co. 4 Cost. La stessa Corte costituzionale è solita valorizzare tale connessione: ad esempio nella sentenza n. 105/2023 in tema di colloqui con i minori, la valutazione della lesione dell'interesse di questi ultimi è tenuta ben separata dalla violazione del principio di umanità a danno della persona detenuta<sup>29</sup>.

Tuttavia, ancora la sentenza n. 10/2024, riprendendo quanto avanzato nell'ordinanza di rimessione, sembra già superare questa prospettiva laddove descrive il «*pregiudizio indiretto*» subito dai terzi nei termini di una lesione della loro «*dignità*»<sup>30</sup>. La possibilità di un'applicazione *estesa* del principio di umanità è suggerita anche da un collegamento con il divieto di trattamenti “inumani e degradanti” di cui all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per come interpretato dalla giurisprudenza convenzionale. In particolare, viene a mente la pronuncia con cui la Corte EDU ha qualificato come inumano e degradante il trattenimento di un imputato dentro una gabbia metallica durante il giudizio; misura, questa, che oltre a ledere la dignità dell'interessato aveva aggravato la sofferenza dei congiunti presenti in aula<sup>31</sup>.

Dunque, non si esclude che, nel protrarsi dell'inerzia del legislatore e a fronte di una situazione di sovraffollamento carcerario tornato a livelli simili a quelli pre-Torreggiani<sup>32</sup>, a distanza di oltre dieci anni la Corte costituzionale, qualora sollecitata, questa volta<sup>33</sup> non valuti di procedere all'allargamento delle ipotesi di rinvio dell'esecuzione ai casi di invivibilità dell'ambiente carcerario; e ciò anche tenendo conto dei contenuti di disumanità “oltre il reo” che tale invivibilità è in grado di esprimere.

Sin qui l'estensione ai terzi della valenza del principio di umanità sembra operare solo *ad adiuvandum*: per giungere a una declaratoria di incostituzionalità sarebbe già sufficiente osservare la crudeltà del trattamento che direttamente colpisce la persona ristretta. Tuttavia, non escludiamo che, in casi in cui il carcere non esprima un livello di disumanità per il reo superiore a quello a cui si è tristemente abituati, tale estensione non possa rappresentare la via maestra. Si pensi – volendo immaginare una situazione limite – a ipotesi in cui la pena carceraria, prevista in via normativa come immediata e indefettibile, comporti il venire meno di una relazione di cura essenziale, a carattere continuativo, tra il soggetto condannato e

<sup>28</sup> «Il divieto di adottare misure concretanti un trattamento contrario al senso di umanità non può essere disgiunto, nella ricostruzione della sua ratio e della sua portata applicativa, dal riferimento alla finalità rieducativa (sentenza n. 376 del 1997): al riguardo, questa Corte ha messo in luce il contesto “unitario, non dissociabile”, nel quale vanno collocati i principi delineati dal terzo comma dell'art. 27 Cost., in quanto logicamente in funzione l'uno dell'altro, posto che, in particolare, “un trattamento penale ispirato a criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato” (sentenza n. 12 del 1966)»: così, C. cost., 9.10.2013, n. 279, al § 7 del *Considerato in diritto*. In dottrina, per tutti, E. Dolcini, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *RIDPP* 1979, 493 ss.; nonché più di recente Id., *Pena e Costituzione*, in *RIDPP* 2019, 23 ss.

<sup>29</sup> C. cost., 6.4.2023, cit., § 9 del *Considerato in diritto*.

<sup>30</sup> C. cost., 6.12.2023, cit., al § 4.2 del *Considerato in diritto*.

<sup>31</sup> C. eur., 15.6.2010, *Harutyunyan c. Armenia*.

<sup>32</sup> Cfr. i dati efficacemente riassunti da G. Amarelli, *Sovraffollamento carcerario: aspettando l'efficientamento delle pene sostitutive, subito un indulto proprio condizionato*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 21.5.2024, 8 s.

<sup>33</sup> Cfr. C. cost., 9.10.2013 n. 279, in relazione all'art. 147 Cp, scaturita da C. eur., 8.1.2013, *Torreggiani e altri c. Italia*.

persone affette da gravi malattie croniche; persone che dal primo soggetto dipendano, dunque, materialmente ed esistenzialmente, senza che le cure siano effettivamente surrogabili da servizi di assistenza<sup>34</sup>.

Sempre in questa ottica, è bene sottolineare il prorompente significato che il principio di umanità della pena – visto qui, in particolare, nella sua valenza allargata – viene ad assumere se messo in rapporto al principio di proporzionalità. Difatti, mentre quest'ultimo opera come limite sempre *relativo*, l'umanità, nel suo accoppiarsi al valore della dignità umana, tende a ergersi come limite *assoluto*. Di conseguenza, ogni operazione di bilanciamento parrebbe inibita, anche ove – in ipotesi – ci trovassimo di fronte a pesantissime esigenze di “difesa sociale”, che intensificano il bisogno di pena carceraria.

Ragioniamo avendo a mente il recente disegno di legge, dichiaratamente rivolto contro il fenomeno delle borseggiatrici abituali e professionali, contenente la modifica dell'art. 146 Cp in materia di rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena per madri incinte e con prole inferiore a un anno, volto a rendere il rinvio sempre facoltativo e mai possibile ove sussista il rischio, di eccezionale rilevanza, di commissione di ulteriori delitti<sup>35</sup>. Del resto, proprio al principio di umanità, tra gli altri, la Corte costituzionale si era appellata quando nel 2009 aveva fatto salvo il regime di obbligatorietà che oggi si vorrebbe revisionato<sup>36</sup>. Ebbene, a noi pare difficile immaginare che una norma che ponga il rinvio come discrezionale possa resistere al test del «senso di umanità», osservando il trattamento cui sarebbero destinati i minori e alla luce dei danni documentati sul loro sviluppo. Ricordiamo il caso del bambino di Rebibbia che a quasi tre anni conosce solo le parole “sì”, “no”, “mamma”, “pappa”, e soprattutto “apri” e “chiudi”<sup>37</sup>. Viceversa, non è detto che, davanti a fenomeni di grave, comprovato e reale pericolo per la sicurezza pubblica (come non ci pare, peraltro, essere quello del *pickpocketing*), la norma revisionata non resista a un test di proporzionalità.

Quale ulteriore esempio, possiamo pensare alla rigidità dei limiti di età che, come già avvisato, segnano la rilevanza degli interessi dei minori rispetto alla fruizione di modalità di detenzione

<sup>34</sup> Per le caratteristiche della malattia dell'assistito e/o per le carenze intrinseche al sistema dell'assistenza pubblica alla persona, in particolare di tipo domiciliare. Casi del genere potrebbero comunque sempre rientrare in una istanza di grazia ai sensi dell'art. 681 Cpp. V. la *Circolare del Dipartimento per gli Affari di Giustizia* del 10 giugno 2021, n. 5, relativa a «Istruttoria delle domande di grazia – Indicazioni operative per gli Uffici giudiziari», dove, nell'elenco della documentazione necessaria per la presentazione della domanda di grazia, rammenta «le informazioni di P.G. sulla situazione familiare e/o documentazione relativa ai congiunti/conviventi, ove la domanda sia fondata sulla necessità di prestare assistenza ad un prossimo congiunto/convivente», nonché le «informazioni di P.G. sulle condizioni economiche del condannato e del suo nucleo familiare, ove la domanda sia fondata su ragioni economiche di presunta indigenza» (pagina 5).

<sup>35</sup> Cfr. DDL n. 1660/C, presentato alla Camera il 22 gennaio 2024, recante «*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*». È vero che le madri, nell'idea di questa proposta, sarebbero destinate assieme ai loro figli non a una struttura ordinaria, bensì a un Istituto a Custodia Attenuata per detenute Madri (ICAM). Tuttavia – anche al di là del fatto che attualmente si contano solo cinque ICAM in tutta Italia, con distribuzione territoriale disomogenea (Milano San Vittore, Venezia alla Giudecca, Torino “Lorusso-Cotugno”, Senorbi in provincia di Cagliari, Lauro in provincia di Avellino) – sempre di regime detentivo non domiciliare si tratta: questo regime rappresenterebbe il primo contatto con il mondo del bambino.

<sup>36</sup> C. cost., 8.5.2009 n. 145, al § 2 del *Considerato in diritto*, dove la Corte chiarisce che la norma è mossa dall'esigenza «di offrire la massima tutela al nascituro e al bambino di età inferiore ad un anno», evitando «che l'inserimento in un contesto punitivo e normalmente povero di stimoli possa nuocere al fondamentale diritto [...] del minore di vivere la peculiare relazione con la figura materna in un ambiente favorevole per il suo adeguato sviluppo psichico e fisico». Alla luce del principio di umanità della pena e del valore che la Costituzione assegna alla maternità e all'infanzia, la scelta legislativa di far prevalere la tutela del rapporto madre-figlio sull'interesse statale all'esecuzione immediata era così stata giudicata non irragionevole.

<sup>37</sup> Cfr. l'articolo dal titolo «*Il piccolo Giacomo, in cella a Rebibbia a due anni: “Dice solo: apri e chiudi”*», pubblicato su *Il Dubbio*, 21.7.2024.



extramurarie per la madre (e, in subordine, per il padre). In relazione all'art. 275 co. 4 Cpp., il limite rigido dei sei anni è stato sinora fatto salvo<sup>38</sup> sulla base di non meglio precisate esigenze di difesa sociale, a fronte di una presunzione di autonomia dalla figura genitoriale per i bambini che abbiano raggiunto l'età scolare indicata dalla legge<sup>39</sup>. In tale contesto, è stata persino evocata la funzionalità di soglie oggettive e rigide in quanto «efficace usbergo della serenità del giudice, chiamato a delicate decisioni»<sup>40</sup>, in special modo nei casi in cui il potenziale beneficiario sia, assieme al minore, l'imputato per un delitto grave. Ecco, a nostro modo di vedere, sicuramente il principio di umanità pretende di anteporre la serenità del bambino a quella del giudice; ma impedisce anche di mettere a confronto l'equilibrio psicofisico del minore con esigenze di difesa sociale, pure potenzialmente di gran peso in sede di bilanciamento, almeno laddove si riscontri che un livello sufficiente di autonomia dal genitore non sia *in concreto* raggiunto, e che la separazione improvvisa possa causare gravi danni in termini di sviluppo psico-fisico.

Chiaramente, in assenza di indicazioni univoche, resta da comprendere quando davvero il “senso di umanità” sia sollecitato: il problema non è da poco davanti a un principio che, come detto, irrigidisce, se non annulla, il dialogo con l'interesse a punire. Di certo vi è che l'estensione del principio di umanità a terzi non può mai comportare un indebolimento della sua valenza per la persona detenuta. Pensiamo all'inflizione di pene corporali (ivi inclusa la castrazione chimica<sup>41</sup>) a un condannato per reati sessuali in luogo della pena carceraria, al fine di salvaguardare interessi, materiali ed esistenziali, dei familiari o altri *dependants* che potrebbero essere altrimenti compromessi. Il senso di umanità delle pene vigila affinché le strategie di mitigazione degli effetti collaterali del carcere non possano mai risolversi in una crudeltà per la persona condannata.

5. In conclusione: a noi pare che un'ulteriore pista per ridurre la dannosità del castigo carcerario e i suoi “marginii di disumanità”<sup>42</sup> sia tracciata.

Questa pista può, anzi deve, essere percorsa non solo per correggere modalità esecutive che in maniera sproporzionata e magari inumana affliggano il condannato e i soggetti vicini, ma, ben prima, per rivedere *a monte* l'opportunità dell'irrogazione della pena carceraria, fornendo – ad esempio – un argomento rispetto all'applicazione di una pena sostitutiva. Anche perché – evocando un nodo della sentenza n. 10/2024<sup>43</sup> – non è detto che i vincoli economici e organizzativi del nostro sistema penitenziario consentano di attuare misure contenitive degli effetti collaterali, una volta che l'ingresso in carcere sia decretato.

Non a caso, l'interessante *Rapporto sui diritti delle famiglie dei detenuti 2019* della *Ligue des Droits Humains* belga<sup>44</sup>, dopo avere fornito una serie di raccomandazioni sul facilitare i contatti, ridurre le spese delle visite, formare gli agenti penitenziari sulle esigenze dei familiari

<sup>38</sup> C. cost., 7.12.2016 (dep. 24.1.2017) n. 17. Sulla sentenza, ampiamente commentata, ci limitiamo a suggerire la lettura di E. Aprile, *Per la Consulta è legittima la scelta di limitare ai figli fino a 6 anni il divieto dell'applicazione ai genitori della custodia in carcere. Osservazioni C. cost., 24/1/2017, n. 17*, in *CP* 2017, 1460 ss.; P. Bernazzani, *Misure cautelari e tutela dei rapporti familiari*, in G. Fidelbo (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, cit., 897 ss.

<sup>39</sup> Per una critica a questa presunzione legislativa: G. Mastropasqua, *La legge 21 aprile 2011 n. 61 sulla tutela delle relazioni tra figli minori e genitori detenuti o internati: analisi e prospettive*, in *Dir. fam. e pers.* 2011, 1858.

<sup>40</sup> Cfr. C. cost., 7.12.2016, cit., al § 3.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>41</sup> Cfr. V. Manes, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino 2023, 213 ss.

<sup>42</sup> L'espressione è ripresa da M. Pavarini, *Vivere in meno di 3 metri quadrati Quando la pena carceraria è disumana e degradante*, in [www.ristretti.it](http://www.ristretti.it), 5.

<sup>43</sup> C. cost., 6.12.2023, cit., al § 6 del *Considerato in diritto*.

<sup>44</sup> AA.VV., *Rapport sur les droits des familles de détenu.e.s.*, in [www.liguedh.be](http://www.liguedh.be), novembre 2019.

e via dicendo, si chiude con un invito di più ampio respiro a «ripensare il significato della pena e i suoi effetti collaterali e dannosi sulle famiglie dei detenuti»<sup>45</sup>.

In fondo, il vero contributo della teorica degli effetti collaterali consiste nell'esortazione a osservare la pena in tutta la sua *complessiva* e *reale* costosità, nella direzione di un utilizzo sempre più parsimonioso: specie se la pena è quella carceraria.

---

<sup>45</sup> *Ivi*, 62.